

CHARLES-ANTOINE HOTZ

La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme

THÈSE

pour l'obtention du grade de
Docteur en Droit

IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S. A., NEUCHÂTEL

1945

LA RESPONSABILITÉ CIVILE
DES FONDATEURS DE LA SOCIÉTÉ ANONYME



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555017_0023

CHARLES-ANTOINE HOTZ

**La responsabilité civile
des fondateurs
de la Société anonyme**

THÈSE

pour l'obtention du grade de
Docteur en Droit

IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S. A., NEUCHÂTEL

1945



UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Sur la proposition de M. le professeur Paul-René Rosset, le Conseil de la Faculté de Droit autorise la publication de la thèse de M. CHARLES-ANTOINE HOTZ, intitulée : *La responsabilité civile des fondateurs de la Société anonyme.*

Le Conseil de Faculté n'approuve ni n'improuve les opinions soutenues dans cette thèse, qui doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 7 juillet 1945.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

CH. KNAPP

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

LA SOCIÉTÉ ANONYME, SOCIÉTÉ DE CAPITALAUX

1. LA RÉGLEMENTATION DÉTAILLÉE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

— « La société anonyme, telle qu'elle existe aujourd'hui, constitue une institution juridique extrêmement compliquée, dont les éléments sont nombreux et le fonctionnement complexe. ¹ » A ce seul titre, elle méritait une sollicitude spéciale de la part du législateur. Elle la mérite, d'autre part, par l'importance du rôle qu'elle joue dans la vie économique. Il n'est pas de forme de société susceptible de se prêter à des fonctions plus diverses et plus nombreuses et à grouper des capitaux ou des intérêts plus considérables. Aussi bien, ne connaît-on pas d'institution juridique qui ait fait l'objet d'une réglementation aussi détaillée. Les différentes phases de l'existence sociale, de la fondation à la dissolution, sont régies par des prescriptions minutieuses. Dans le cadre de chacune de ces phases, les combinaisons les plus variées sont concevables, en ce qui concerne la composition du capital social, la répartition des bénéfices, la structure et l'organisation internes, le jeu et l'influence des intérêts divers que groupe la société anonyme, etc.

Les dispositions régissant la société anonyme devaient être assez souples pour ne pas entraver son développement économique et assez fermes pour préserver les actionnaires et les créanciers sociaux, trop passifs ou trop individualistes pour s'en garder eux-mêmes, des multiples dangers auxquels ils étaient exposés. La société anonyme en effet est le centre de gravité des intérêts les plus divers, parfois conjugués, le plus souvent

¹ ROSSET, *Tendances*, p. 17.

opposés. Maintenir d'une part l'équilibre nécessaire entre ces intérêts, les protéger d'autre part contre les dommages qui peuvent les atteindre, telle était la mission du législateur ¹.

Le législateur a voué un intérêt tout spécial à la fondation, à laquelle il n'a pas consacré moins d'une vingtaine d'articles rangés sous la rubrique inexacte de *Dispositions générales*. Le premier chapitre du titre XXVI, qui porte cette étiquette mal choisie, a pour objet principal de fixer le nombre minimum des actionnaires et le contenu des statuts, de définir la fondation successive et la fondation simultanée, de préciser le contenu de la déclaration de souscription et de l'acte authentique, d'imposer des versements minimum, de délimiter les attributions de l'assemblée constitutive et de régler l'inscription au registre du commerce. Ces normes sont complétées par des dispositions instituant des sanctions telles que l'action en dissolution des art. 625 et 643, 3^e al., dont la portée n'est d'ailleurs guère que théorique ², et telles surtout que l'action en responsabilité de l'art. 753 ³.

2. L'IMPORTANCE SPÉCIALE DE LA FONDATION. LE RÔLE DU CAPITAL SOCIAL. — Aussi bien, la fondation revêt-elle, parmi les différentes phases de l'existence sociale, une importance primordiale. D'abord et par elle-même, elle est décisive pour tout le développement ultérieur de la société en formation. Des dispositions prises par les fondateurs, des statuts qu'ils auront rédigés, vont dépendre pour une bonne part le succès ou l'échec de l'activité sociale. Mais surtout, et c'est là l'opération essentielle, la fondation comporte la constitution du capital social. Les statuts pourront être modifiés, le but de la société pourra changer, de même que la raison sociale, mais le capital social est versé une fois pour toutes et les actionnaires

¹ Sans doute le but essentiel de la loi est-il dans tous les domaines du droit de maintenir un équilibre aussi équitable que possible entre des intérêts opposés; mais ce postulat est particulièrement impérieux dans les problèmes que pose la société anonyme; preuve en soient les nombreuses dispositions « protectrices » qu'on rencontre à partir de l'art. 620 (SIEGWART, *Einleitung*, n. 215).

² Pour l'action de l'art. 643, 3^e al., voir ci-dessous nos 19 et 20.

³ Sur les avantages des dispositions matérielles, telles que l'art. 753, comparées aux dispositions de forme (blocage des actions, nullité ou annulation des décisions de l'assemblée générale, contrôle du préposé au registre du commerce, etc.), voir WOLF, *S.A.G.* V, 73.

ne pourront être tenus d'opérer des versements supplémentaires.

Le capital social est le fondement même de la société. Son rôle est double; il servira à la fois de capital d'exploitation et de capital de garantie. Alors que le crédit des autres sociétés est essentiellement « *personnel* », le crédit de la société anonyme est uniquement « *réel* »¹. La société anonyme est une société de capitaux; strictement, elle est même la seule société de capitaux du droit suisse. Alors que les associés d'une société en commandite par actions ou d'une société à responsabilité limitée peuvent être tenus, dans certains cas, d'opérer des versements supplémentaires, la société anonyme ne disposera, pour atteindre le but qui lui est assigné par ses statuts, que des fonds fournis par les souscripteurs. Ces fonds, d'autre part, ou les actifs dont ils n'auront pas tardé à prendre la forme, constitueront la seule garantie des créanciers sociaux.

Le capital, constitué au cours de la fondation, doit rester intact pendant toute l'existence sociale. Tenue de conserver un patrimoine égal au capital social fixé par les statuts, la société ne peut restituer leurs versements aux actionnaires; elle ne peut distribuer de dividende que sur son bénéfice et encore dans certaines limites strictement fixées par la loi. Ces deux principes fondamentaux, qui assurent la *conservation* du patrimoine social, n'eussent offert aucune sécurité aux actionnaires et aux créanciers, si la *constitution* du capital social n'avait été soumise à des dispositions correspondantes. C'est ainsi que la loi fixe à 50.000 francs le capital minimum de la société anonyme, qu'elle impose une libération partielle dès la fondation, qu'elle interdit l'émission au-dessous du pair et qu'elle exige la consignation des fonds versés pour en assurer la libre disposition à la société nouvellement fondée. C'est ainsi enfin qu'elle soumet à des prescriptions spéciales la fondation qualifiée, c'est-à-dire la fondation dans laquelle les souscripteurs ne libèrent pas en espèces leur participation au capital social.

3. LA FONDATION QUALIFIÉE. — On est en présence d'une fondation qualifiée non seulement lorsqu'un actionnaire fait un apport *qualifié* et qu'ainsi le capital est constitué en tout ou

¹ ROSSEL, *Manuel*, 4^e édition, II, n° 105.

en partie de biens en nature et non pas de numéraire ¹, mais également lorsque, avant que la société ne jouisse de la personnalité juridique, on a disposé de tout ou partie du capital social pour des acquisitions de biens ². L'apport en nature et la reprise de biens sont les deux aspects classiques de la fondation qualifiée proprement dite. La loi soumet en outre aux dispositions régissant l'apport en nature et la reprise de biens l'attribution d'avantages particuliers.

L'une ou l'autre de ces opérations peut entraîner un affaiblissement du capital social et compromettre l'existence de la société ³. Sans qu'il soit possible de les prohiber, l'intérêt des actionnaires et des créanciers exigeait qu'elles fussent clairement reconnaissables pour quiconque entre dans la société ou lui accorde un crédit.

¹ BACHMANN, n. 1 ad art. 619; KARL WIELAND, *Handelsrecht* II, p. 13.

² HOFFMANN, p. 8.

³ Arrêt MASSE BRIENZ-ROTHORNBahn c/ VEST ECKEL & Co, *A.T.F.* 21, 562.

CHAPITRE II

LA MAXIME DES DISPOSITIONS SUR LA FONDATION

4. LE RÔLE DES MESURES DE PUBLICITÉ DANS LES DISPOSITIONS SUR LA FONDATION QUALIFIÉE. — Sous l'empire du système de l'autorisation préalable, gouvernementale ou parlementaire, les actionnaires et les créanciers pouvaient, à tort ou à raison, fonder quelque espoir sur l'examen auquel étaient soumises les requêtes tendant à obtenir l'autorisation de fonder une société anonyme. La consécration officielle dont chaque fondation était empreinte, semble d'ailleurs avoir été plus propre à susciter des illusions trompeuses qu'à faire réellement obstacle aux fondations hasardeuses, voire non viables¹.

Les garanties plus ou moins hypothétiques que pouvait offrir ce contrôle, lequel entraînait probablement plus de complications et de formalités qu'il n'empêchait d'abus, ont disparu avec l'abolition du système de l'autorisation préalable; plus exactement elles ont cédé la place à d'autres, moins illusoires.

Le seul moyen, tant soit peu efficace, d'empêcher les abus, c'est l'expérience du public. Telle est l'une des idées maîtresses qui inspirèrent les auteurs du Code de 1881. « Plus l'Etat se préoccupe du soin de garantir les particuliers contre les suites de leur imprévoyance, moins se développe la circonspection du public et plus il est facile à des spéculateurs habiles et malhonnêtes d'exercer leur coupable industrie et d'exploiter la crédulité publique. »² On s'efforça donc de mettre le souscripteur, ou l'acquéreur d'actions, et le créancier en mesure de se faire par eux-mêmes une opinion sur la solidité de la société avant de

¹ MUNZINGER, trad. DUFRAISSE, p. 118.

² MUNZINGER, trad. DUFRAISSE, p. 118.

contracter un engagement. Pour permettre aux intéressés d'exercer ce contrôle personnel, il était nécessaire de soumettre les opérations de la fondation à une publicité suffisante ¹.

C'est à ces préoccupations qu'on doit la présence dans la loi de la majorité des dispositions sur la fondation qualifiée. Le but de ces dispositions n'est pas d'interdire les apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers, mais bien d'en procurer la connaissance aux intéressés et d'en empêcher la dissimulation, sous peine, le cas échéant, de l'action en responsabilité à laquelle les indications inexactes du projet de statuts ou du rapport des fondateurs peuvent donner lieu ². La loi exige l'indication des apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers dans les statuts (art. 628), leur mention dans l'inscription de la société au registre du commerce (art. 641) et par voie de conséquence dans la publication de cette inscription dans la *Feuille officielle suisse du commerce* (art. 931). A ces premières mesures s'en ajoutent d'autres. Si la fondation est successive, un rapport détaillé des fondateurs est obligatoire. Ce rapport donnera des « renseignements circonstanciés sur les éléments d'appréciation, la nature et l'état des apports et des reprises », ainsi que sur la « raison » des avantages particuliers (art. 630). Le contenu essentiel de ce rapport sera reproduit dans le prospectus qui accompagne obligatoirement toute souscription publique (art. 631, ch. 3). Les dispositions statutaires relatives aux apports, aux reprises et aux avantages, feront enfin

¹ La nécessité de soumettre la fondation à une publicité étendue est exprimée à maintes reprises par la doctrine (LARDELLI, *S.J.Z.* 15, p. 146; WALDKIRCH, *Z.S.R.* 23, p. 642; EGGER, *S.J.Z.* 21, p. 305 et 34, p. 7). La même tendance continue à inspirer le C.O. de 1937 (voir *Bull. stén.* 1934 C.N., p. 265; WEHRLI, p. 70; SCHULTHESS, p. 108). Le premier projet de revision, il est vrai, était inspiré par un esprit un peu différent. Portant la date significative de 1919, il abondait en dispositions étroites et formalistes qui disparurent des projets suivants, à l'exclusion d'une seule, le blocage des actions qu'on retrouve dans le deuxième projet. (L'art. 637 du projet prévoyait que si la fondation était qualifiée, la société ne pouvait délivrer les actions qu'à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de son inscription au registre du commerce. Toute aliénation des actions avant l'expiration de ce délai était nulle). Vigoureusement critiquée, notamment par THALMANN, rapporteur de la commission du Conseil des Etats, cette dernière « *Polizeibestimmung*, facile à éluder et n'offrant aucune garantie » fut abandonnée à son tour (*Bull. stén.* 1931 C.E., p. 359). L'exclusion du droit de vote de l'actionnaire dont l'apport ou la reprise est discutée, dans la décision spéciale de l'art. 636, eut le même sort.

² SIEGWART, n. 1 ad art. 628, n. 2, 7, 9, 10 ad art. 630; HOFFMANN, p. 35; HERY, p. 126; *Message*, p. 25.

l'objet d'une décision spéciale de l'assemblée constitutive, décision devant réunir l'approbation des deux tiers du capital social (art. 636). Il était difficile, sans tomber dans l'excès, d'augmenter les précautions.

Les mêmes dispositions sont applicables à la fondation simultanée avec cette réserve que les actionnaires, tous fondateurs et censément tous au courant des détails de la fondation, n'ont pas paru mériter la même sollicitude que le souscripteur d'actions dans la fondation successive. Rapport des fondateurs, prospectus et approbation spéciale de certaines clauses statutaires, sont ou paraissent inutiles ¹.

5. LE TRIPLE CONTRÔLE. — Les dispositions prises par le législateur instituent ainsi ou sont censées instituer un triple contrôle, exercé par les fondateurs eux-mêmes, par les actionnaires et par le préposé au registre du commerce ². Elles permettent d'autre part aux créanciers de se rendre compte, dans une certaine mesure, de la substance du capital social et de n'accorder des crédits à la société qu'après s'être fait une opinion plus ou moins complète sur la valeur des garanties dont ils jouiront.

Le contrôle exercé par les fondateurs suppose que l'un d'entre eux au moins, par sens du devoir, refusera de donner son assentiment à des conventions d'apports préjudiciables à la société, aux actionnaires et aux créanciers ³. Sans vouloir mettre en cause *a priori* l'honnêteté des fondateurs, on peut penser que la similitude de leurs intérêts communs, le soin qu'auront pris les principaux promoteurs de la fondation, de ne s'entourer que de personnes dociles ou inexpérimentées, voire même simplement la confiance dans les destinées de la société, enlèveront beaucoup de son efficacité au contrôle que les fondateurs sont censés exercer sur leurs propres actes.

¹ Certains auteurs regrettent que la loi n'exige pas de rapport des fondateurs pour la fondation simultanée (voir notamment JUCKER, *S.J.Z.* 29, p. 130, note 50). A. WIELAND, *Z.S.R.* 42, p. 30a, pensait que le rapport des fondateurs, si on en exigeait le dépôt au registre du commerce, pourrait être d'une grande utilité aux créanciers et aux futurs acquéreurs d'actions. Cette opinion, de même que celle de JUCKER, n'est pas partagée par la doctrine dominante (voir en particulier LARDELLI, *S.J.Z.* 15, p. 146 et FÉLICE, *Z.S.R.* 42, p. 234a).

² SIEGWART, *Einleitung*, n. 223.

³ SIEGWART, *Einleitung*, n. 222 et 223.

S'il convient de ne pas placer un trop grand espoir dans la perspicacité ou la sagesse des fondateurs eux-mêmes, peut-on attendre davantage des souscripteurs ou des acquéreurs d'actions ? Le but qu'ils poursuivent en général est de toucher un dividende aussi constant que possible. Certains fondateurs, au contraire, plus pressés ou plus avides, recherchent le bénéfice qu'ils tireront de la revente immédiate de leurs actions, libérées au moyen d'apports en nature surévalués ou même par compensation avec des honoraires ou des commissions excessives. Le législateur semble avoir compté sur la divergence de l'intérêt des actionnaires et de l'intérêt des fondateurs. Cette divergence suffit-elle à constituer une garantie efficace ? Certains auteurs le pensent ¹. Les actionnaires seront-ils assez avertis pour examiner avec l'attention nécessaire les conventions qu'on leur présentera ? Théoriquement, l'assemblée constitutive devrait fournir aux souscripteurs l'occasion de s'opposer aux entreprises de fondateurs trop avides ou trop pressés. Pratiquement, il ne semble pas que cette opposition d'intérêt ait toujours répondu aux espoirs qu'elle avait suscités. Inexpérience ou passivité des souscripteurs, prestige des fondateurs, euphorie générale, autant de facteurs qui, dans de nombreux cas, ont empêché le contrôle des souscripteurs de s'exercer avec l'efficacité souhaitable.

Nous verrons plus loin que le contrôle que le préposé au registre du commerce exerce sur la fondation ne saurait suppléer aux faiblesses de celui des fondateurs et des souscripteurs eux-mêmes ².

Quoi qu'il en soit, cependant, de l'efficacité pratique du contrôle exercé par les intéressés, il suffit de savoir que le législateur a fait en sorte que ce contrôle puisse s'exercer. Libre aux souscripteurs de faire ou non usage des possibilités qui leur sont offertes de se renseigner. La loi ne peut faire plus que de leur fournir les moyens de s'informer. S'ils n'y recourent pas, ils ne pourront s'en prendre qu'à eux-mêmes ³.

Encore faut-il que les prescriptions destinées à assurer la

¹ Voir notamment EGGER, *Z.S.R.* 45, p. 6 et SCHULTHESS, p. 54.

² Voir nos 17 et 18 ci-dessous.

³ Il eût été difficile de donner à la fondation une publicité plus étendue encore, sans risquer de favoriser à l'excès les concurrents de la société en formation. Rapport HUBER 1920, p. 42.

publicité nécessaire aux opérations de la fondation qualifiée, soient observées. Il convenait, à cet effet, de frapper d'une sanction toute infraction aux dispositions légales en question. Cette sanction, le législateur l'a trouvée en prescrivant que les fondateurs engageraient leur responsabilité s'ils ne se conformaient pas aux devoirs que la loi leur impose. Pratiquement et même si la portée du contrôle exercé par les intéressés sur la fondation demeure limitée, l'article 628 aura au moins pour effet d'établir une base légale claire et précise pour l'action en responsabilité contre les fondateurs.

CHAPITRE III

LA NATURE JURIDIQUE DE L'ARTICLE 628

6. LES ACTES JURIDIQUES ACCOMPLIS AVANT LA FONDATION.
— La société anonyme n'acquiert la personnalité juridique que par l'inscription au registre du commerce (art. 643). Elle ne peut s'engager valablement avant d'avoir acquis la personnalité juridique. Cependant, du moment où elle est inscrite, elle doit pouvoir commencer à vivre d'une existence indépendante. Pour que l'activité sociale puisse s'exercer, l'organisation de la société doit être achevée et le capital social constitué. Suivant le but de la société, il pourra être nécessaire, en outre, qu'elle dispose immédiatement d'établissements, d'installations ou d'autres biens en nature, indispensables à son activité. Le début de l'existence sociale sera ainsi, dans certains cas, précédé d'une phase de préparation qui obligera les fondateurs à accomplir de nombreux actes juridiques, sans relation avec les opérations de la fondation proprement dite.

La question de savoir d'où les fondateurs tiennent le pouvoir d'agir au nom de la future société, voire de l'engager avant même qu'elle ne soit constituée, a été longtemps controversée. On admet aujourd'hui que les fondateurs agissent comme des représentants sans pouvoirs et que leurs actes n'engagent la société qu'après ratification par cette dernière. Pour les apports en nature et les reprises de biens, cette ratification se manifeste par l'adoption des statuts, tandis que les autres actes accomplis par les fondateurs engageront la société lorsqu'elle les aura assumés conformément à l'art. 645 ¹. On distingue ainsi les *actes légaux*, expressément nommés par la loi qui en règle les

¹ SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 16.

effets, et les *actes extra-légaux*, sur lesquels la loi est muette ¹. On mentionne, parmi les actes légaux, l'élaboration des statuts, leur adoption par l'assemblée constitutive, la mise en souscription des actions, et l'approbation des conventions relatives aux apports en nature, aux reprises de biens et aux avantages particuliers ². Constituent, en revanche, des actes extra-légaux, le paiement des frais de fondation, la location de bureaux, magasins ou autres locaux, l'engagement du personnel, etc. ³. De telles opérations sont fréquentes. Bien que la loi ne les mentionne pas, elles donnent cependant rarement lieu à des difficultés.

Il n'est pas possible, dans le cadre de ce travail, d'examiner les mérites des différentes théories (théorie de l'identité, théorie de la société préparatoire, etc.), que la doctrine a formulées ⁴ pour fonder en droit les pouvoirs des fondateurs agissant pour la société avant son inscription et pour expliquer et justifier le transfert à la société des obligations stipulées par les fondateurs au moyen de la mention de ces obligations dans les statuts. Il suffit de constater que si les fondateurs peuvent pratiquement engager la société future, les apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers doivent être mentionnés dans les statuts pour que les conventions y relatives, conclues par les fondateurs entre eux ou avec des tiers, ne demeurent pas sans effets juridiques à l'égard de la société ⁵. La mention des apports, reprises et avantages dans les statuts produit ainsi certains effets formateurs ⁶.

Cette propriété n'a pas été sans donner naissance à une certaine confusion.

¹ WEITH, p. 19 s.

² WEITH, p. 20-21.

³ WEITH, p. 23.

⁴ Sur ces théories, voir WEITH, ouvrage cité. WEHRLI, plus empirique, ramène à un simple principe de droit coutumier, la règle en vertu de laquelle la simple indication d'une stipulation dans les statuts suffit à la rendre opposable à la société. Depuis qu'il existe des dispositions légales sur la société anonyme, explique WEHRLI (p. 103), on a recouru à l'indication dans les statuts pour obliger la société. Cette pratique n'ayant jamais été combattue, il en est résulté un principe de droit non écrit.

⁵ SIEGWART, n. 6 et 52 ad art. 628.

⁶ Le terme de *formateur* est pris ici dans le sens que lui donne la traduction française de l'ouvrage de VON THUR sur la partie générale du Code des obligations. Voir cette traduction, I, p. 19, n. 4.

7. LA THÉORIE DU POUVOIR D'ACTION. — La loi exige l'indication des apports, des reprises et des avantages dans les statuts pour leur assurer la publicité jugée nécessaire. Mentionnés dans les statuts, apports, reprises et avantages revêtent du même coup un caractère obligatoire et irrévocable. Certains auteurs ont pris cet effet pour une cause et ils en sont arrivés à considérer que le but de l'indication des apports, reprises et avantages était de les rendre opposables à la société. Considérant l'art. 628 pour lui-même et sans tenir compte de sa fonction dans le système des dispositions sur la fondation qualifiée, ils enseignent qu'on peut accorder alternativement à cette disposition deux sens différents : Ou bien on peut considérer que l'article 628 a pour objet d'accorder aux fondateurs un pouvoir (*Machtbefugnis*) qui leur permet de contracter au nom de la société et de rendre opposables à cette dernière les engagements qu'ils ont pris en son nom. Ou bien on doit voir dans l'article 628 une disposition impérative, obligeant les fondateurs à observer certaines formalités lorsque la fondation est qualifiée.

La théorie du pouvoir d'action semble répandue surtout dans la doctrine allemande ¹, mais elle n'est pas demeurée sans écho auprès de certains auteurs suisses. C'est ainsi que FÉLICE écrit que le but essentiel des dispositions sur la reprise de biens devrait être *de lege ferenda* de « faciliter la tâche des fondateurs en leur permettant, déjà pendant la période de constitution, de faire prendre à la société des décisions sur l'acquisition de biens auxquelles le droit commun pourrait apporter certaines entraves » ². L'opinion défendue par FÉLICE n'a pas prévalu. Les tribunaux ne l'ont jamais suivie et elle n'a pas exercé d'influence sur la revision de 1937.

8. LE CARACTÈRE IMPÉRATIF DE L'ARTICLE 628. — Dans un arrêt BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN ³, le Tribunal fédéral a clairement donné à entendre que l'observation des formalités prévues par l'art. 619 ancien (correspondant à

¹ Voir WEHRLI, p. 44.

² FÉLICE, *Z.S.R.* 42, p. 205a.

³ *A.T.F.* 59 II 447; *J.T.* 1934, p. 175 (résumé incomplet). Voir, dans le même sens, décision du DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE du 28 avril 1920, dans une affaire BUSS A. G., BURCKHARDT, vol. III, 1522, I.

l'art. 628 actuel) était indispensable pour toutes les obligations contractées au nom de la société dans un contrat de reprise de biens, et que l'article 623, 2^e al. ancien (correspondant à l'art. 645 actuel) était inapplicable au transfert à la société des obligations nées de tels contrats. Ainsi, non seulement les actes légaux *internes* (apports en nature), mais également les actes légaux *externes*, stipulés entre la société et un tiers ou entre la société et un actionnaire lorsque ce dernier n'est pas partie à la convention en sa qualité d'actionnaire (reprise de biens), sont obligatoirement soumis aux formalités de l'art. 628. Cet arrêt manifeste ainsi, avec toute la netteté désirable, que la forme du transfert à la société des obligations résultant d'un contrat de reprise échappe à la libre disposition des parties.

La position prise par le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité permet de condamner définitivement la tendance à laquelle FÉLICE s'était rallié. Aussi bien, une analyse consciencieuse des dispositions sur la fondation qualifiée eût dû permettre aux partisans de la portée formatrice des art. 619 ancien ou 628 révisé de reconnaître leur erreur.

Admettre que l'art. 628 n'a pas d'autre objet que d'offrir aux fondateurs le moyen de rendre opposables à la société les engagements qu'ils ont pris en son nom, c'était faire de cet article une simple règle de droit dispositif. Les fondateurs auraient été libres d'user ou de ne pas user de la possibilité que leur offrait l'art. 628 de transférer immédiatement à la société les charges et obligations qu'ils avaient contractées pour elle. On ne saurait imposer en effet aux fondateurs l'observation des formalités prévues à l'art. 628 si on admet que le rôle de cette disposition est de « faciliter leur tâche ». On ne peut contraindre personne à se mettre au bénéfice d'une règle prise dans son seul intérêt. Deux voies différentes auraient été ainsi offertes aux fondateurs : celle de l'art. 645, 2^e al., qu'ils auraient choisie lorsqu'ils se seraient sentis assez sûrs de leur influence sur les administrateurs pour penser que ceux-ci ratifieraient à coup sûr les engagements pris au nom de la société; et celle de l'art. 628, qu'ils auraient adoptée lorsqu'ils auraient eu des raisons de craindre que la société refuse de reprendre leurs engagements.

Mais alors, et à mesure qu'on attribuait une portée purement

dispositive à l'art. 628, les fondateurs n'auraient dû encourir aucune responsabilité si, choisissant d'éviter toute indication statutaire sur les reprises de biens et confiant dans leur influence sur les administrateurs, ils avaient préféré attendre que la société eût acquis la personnalité juridique pour lui faire reprendre les obligations stipulées pour elle. L'art. 753 eût constitué une monstruosité : on n'eût pu concevoir que la possibilité d'une action en responsabilité exerce sur les fondateurs une contrainte indirecte, les pousse à mentionner les reprises de biens dans les statuts et leur enlève ainsi la liberté de choisir entre la voie de l'art. 645, 2^e al. et celle de l'art. 628.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de pousser le raisonnement aussi loin. La simple lecture de l'art. 628 suffit à faire rejeter la théorie du pouvoir d'action. Si cette disposition avait eu pour seul but de fournir aux fondateurs le moyen d'engager la société, elle eût été rédigée sous une autre forme et le législateur n'eût pas disposé que les statuts *doivent* contenir des indications spéciales sur les apports, les reprises et les avantages ¹.

L'art. 623 ancien, d'autre part, dont les alinéas 2 et 3 sont devenus, dans une rédaction à peine différente, l'article 645 révisé, réservait expressément l'application de l'art. 619 (art. 628 actuel) pour les apports, reprises et avantages. L'art. 645 actuel ne fait pas mention des formalités spéciales applicables à la fondation qualifiée. Ce silence ne saurait signifier cependant que le législateur n'a pas voulu maintenir une distinction essentielle. Il ressort, au contraire, des délibérations des Chambres, qu'on a jugé inutile de formuler expressément un principe qui allait de soi ².

On doit remarquer, en outre, qu'en vertu de l'art. 650, les dispositions relatives aux apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers, sont applicables en cas d'augmentation de capital. Or l'augmentation de capital a lieu pendant l'existence sociale, soit à une époque où les administrateurs ont

¹ Il est intéressant de remarquer que l'art. 695 du Projet I, correspondant à l'art. 628, était plus impératif encore ; sa teneur était la suivante : « Les dispositions qui, aux termes de la loi, ne sont valables que si elles sont prévues dans les statuts, sont en particulier les suivantes : 1) Les indications relatives aux apports qui ne sont pas en espèces, aux reprises de biens... »

² Bull. stén. 1931 C.E., page 360.

les pouvoirs nécessaires pour engager la société. On ne s'expliquerait pas l'utilité d'une indication des apports, reprises et avantages dans les statuts, si cette indication n'avait pas d'autre but que de rendre certains engagements opposables à la société.

Si l'on constate enfin que l'art. 628 fait partie, dans le cadre des dispositions sur la société anonyme, d'un système spécial de règles obéissant toutes au même principe directeur, et visant à donner à la fondation qualifiée une publicité étendue, comportant, d'autre part, leur sanction propre, la responsabilité de l'art. 753, on ne peut que dénier tout caractère dispositif à l'art. 628, sous peine de rendre illusoires les précautions prises par le législateur.

CHAPITRE IV

LES MOYENS PRÉVENTIFS A LA DISPOSITION DE L'ACTIONNAIRE ET DU CRÉANCIER

9. LE PROBLÈME. — L'actionnaire et, dans certains cas, le créancier, exposés par toute violation des dispositions sur la fondation qualifiée à subir un dommage, ne sont pas réduits, s'ils s'aperçoivent de l'irrégularité commise, à attendre la consommation du préjudice qui les menace. Plusieurs solutions, théoriquement, s'offrent à eux.

L'actionnaire et le créancier peuvent demander au juge la dissolution de la société pour violation de dispositions légales ou statutaires pendant la fondation (art. 643, 3^e alinéa). L'actionnaire — mais non pas le créancier — dispose, d'autre part, de l'action en dissolution pour justes motifs (art. 736, ch. 4) ou de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706).

En dehors de ces actions instituées par la loi, la violation des dispositions sur la fondation qualifiée produira, d'autre part, certains effets sur les différents rapports de droit résultant de la fondation ou accompagnant la fondation. Certains auteurs enseignent qu'une irrégularité dans la fondation peut entraîner le rejet de la demande d'inscription au registre du commerce. D'autre part et si l'irrégularité consiste en une dissimulation d'apports en nature ou de reprises de biens, le défaut d'indication dans les statuts pourra avoir pour effet la nullité des conventions d'apports ou de reprises passées par les fondateurs.

Avant d'aborder l'étude proprement dite de la responsabilité des fondateurs et de ses conditions propres, il convient de rechercher si actionnaires et créanciers peuvent effectivement défendre leurs droits et prévenir un dommage qui les menace soit en

exerçant les actions en dissolution ou en annulation mentionnées ci-dessus, soit en recourant, s'ils ont été trompés, à une action fondée sur l'erreur ou sur le dol.

Simultanément nous rechercherons si le contrôle exercé par le préposé au registre du commerce peut sauvegarder, dans une certaine mesure, les intérêts des actionnaires et des créanciers et quels appuis ceux-ci peuvent tirer d'une éventuelle nullité des conventions d'apports et de reprises.

Première section : LES MOYENS TIRÉS DES DISPOSITIONS SUR L'ERREUR ET LE DOL ET LE ROLE DU PRÉPOSÉ AU REGISTRE DU COMMERCE

§ 1. L'erreur et le dol.

10. LES ART. 23 ET 28 ET LA SOUSCRIPTION. — Les actionnaires d'une société anonyme en difficulté ont fréquemment pour première réaction de chercher à rompre tous liens avec la société et de tenter soit de récupérer les sommes qu'ils ont versées, soit d'échapper à l'obligation de libérer les sommes qu'ils doivent encore en vertu de leur souscription. Parfois même, considérant que la société est responsable des actes de ses organes, ils cherchent à se faire dédommager du préjudice qu'ils ont subi en actionnant non pas les administrateurs ou les fondateurs dont les actes ont censément causé le dommage, mais la société elle-même.

Les dispositions les plus fréquemment invoquées sont les art. 23 et 28 C.O. Un actionnaire, dont les espoirs ont été déçus, est, en effet, facilement enclin à se croire la victime d'une erreur ou d'un dol, qu'il invoquera pour faire prononcer que sa souscription ne le lie pas et qu'il est en droit soit d'exiger la restitution des versements qu'il a faits, soit de refuser d'opérer les versements qu'il doit encore ¹.

A première vue, rien ne semble devoir s'opposer à l'admission d'une telle action, à condition, bien entendu, que le dol ou l'erreur soient établis. Le champ d'application des art. 23 et

¹ Ainsi dans la cause *WEISSER c/ HOIRS WUETHRICH*, A.T.F. 33 II 251, cons. 9, où un actionnaire alléguait que s'il avait connu l'existence d'apports en nature, il n'aurait pas souscrit.

28 n'est en effet limité par aucune disposition légale. Le titre III du Code des obligations qui renferme les dispositions applicables à la société anonyme, fait partie intégrante du livre V du Code civil au même titre que les dispositions relatives à la formation des obligations. Ce lien organique suffit-il à rendre les dispositions générales, et parmi elles les art. 23 et 28, applicables *de plano* aux déclarations de volonté émises à l'occasion de la fondation ?

11. LA SOLUTION DU TRIBUNAL FÉDÉRAL. — Ce problème a fait l'objet de longues controverses de doctrine. On sait que le Tribunal fédéral l'a résolu dans un arrêt relativement ancien, et que, dès lors, il n'a plus varié dans sa jurisprudence¹. Pour le Tribunal fédéral, la souscription a la valeur d'une déclaration de garantie en faveur des créanciers. Elle lie également son auteur à l'égard de ses co-actionnaires. Sa portée dépasse celle d'une quelconque déclaration de volonté qui n'intéresse que son auteur et son destinataire. Elle est ainsi inattaquable. WIELAND a dégagé de cet arrêt et de la jurisprudence quasi invariable qu'il inaugure le principe « de droit coutumier, consacré par les tribunaux, que les personnes capables qui font une déclaration dans l'intérêt du public, sous la forme consacrée par l'usage, sont tenues aux termes de cette déclaration »². L'intérêt des tiers et la nécessité d'accorder à l'observation de la forme consacrée un effet définitif interdisent qu'on tienne compte des vices de la volonté entachant la déclaration de souscription.

Admettre l'annulation de la souscription pour cause d'erreur ou de dol et obliger la société à restituer les versements reçus ou à renoncer à exiger le paiement des montants à libérer, c'était en effet porter une atteinte irrémédiable au principe de l'intégrité du capital social, principe fondamental du droit de la société anonyme. La présence du capital social étant, d'autre part, solennellement et publiquement attestée par l'inscription

¹ Arrêts DARMSTAEDTER c/ CHEMISCHE FABRIK SCHLIEREN A. G., A.T.F. 32 II 96; J.T. 1910, p. 66; BACH c/ SPAR-UND LEIHKASSE STECKBORN, A.T.F. 39 II 531; MEIER ET CONSORTS c/ SPAR- UND LEIHKASSE BREMGARTEN, A.T.F. 41 II 717; SPAR-UND LEIHKASSE STECKBORN c/ ISELIN, A.T.F. 41 III 140; J.T. 1915, p. 546; UNION SUISSE DE TRANSPORTS MARITIMES ET SYNDICAT SUISSE DES IMPORTATEURS ETC. c/ SPINNEREI AN DER BIRS A. G., A.T.F. 49 II 475; J.T. 1924, p. 226; PAYAN c/ VELOCITAS S.A. A.T.F. 51 II 181. Voir aussi Bl. Z.R. 20, p. 261; S.J.Z. 14, p. 40; 15, p. 314.

² KARL WIELAND, *Handelsrecht*, I, p. 125.

de la société au registre du commerce, on eût diminué notablement, en recevant l'exception de dol ou d'erreur, la confiance placée par les tiers dans les registres publics.

Tels sont les arguments essentiels qui empêchent les tribunaux de prendre en considération l'intérêt individuel d'un actionnaire trompé ou victime d'une erreur.

Cette jurisprudence ne fut pas sans susciter certaines critiques ¹. On doit reconnaître que les arguments sur lesquels elle repose ne sont pas toujours exempts d'une certaine faiblesse, notamment lorsque le rejet de l'exception est motivé par la considération que la souscription est une *Kundgebung nach aussen*, une sorte de notification adressée à la collectivité ², ou que le dol des fondateurs est à l'égard de la société le dol d'un tiers ³. Il est difficile d'admettre en effet que la collectivité puisse recevoir une déclaration. D'autre part, l'argument tiré du dol d'un tiers, qu'on pourrait retenir lorsque l'auteur du dol est un fondateur, est sans effet lorsque le dol est imputable à un organe de la société, dans le cas d'une augmentation de capital par exemple. Cet argument est inopérant, d'autre part, lorsque l'actionnaire, au lieu du dol, invoque l'erreur. Il est sans doute plus empirique, mais plus sage et plus rationnel, de suivre GUHL et de ne retenir pour rejeter l'exception de dol ou d'erreur que le rôle du capital social et la nécessité d'en maintenir l'intégrité ⁴.

12. LES CORRECTIFS PROPOSÉS PAR LA DOCTRINE. — Certains auteurs ont cherché à nuancer la solution consacrée par les tribunaux. C'est ainsi qu'on a préconisé de ne rejeter l'exception que dans le cas où la société ne pouvait pas désintéresser ou garantir ses créanciers; de la recevoir en revanche lorsque, sans porter atteinte aux intérêts de ces derniers, elle risquait seulement de diminuer les droits des autres actionnaires. Stric-

¹ Notamment de la part de A. WIELAND : « Darf eine Aktiengesellschaft ihre eigene Aktionäre wirklich ungestraft betrügen ? », *S.J.Z.* 10, p. 217; 12, p. 349; *Festschrift*, p. 435. Voir aussi GYR, p. 78 et 83; HERY, p. 192; BOESCH, p. 83 et 32-33; MOOS, p. 185, 194-195; SUTER, p. 229.

² En particulier dans les arrêts BACH, *A.T.F.* 39 II 531 et UNION SUISSE DE TRANSPORTS MARITIMES ETC., *A.T.F.* 49 II 475.

³ Arrêts DARMSTAEDTER, *A.T.F.* 32 II 96 et SPAR- UND LEIHKASSE STECKBORN, *A.T.F.* 41 III 140.

⁴ *S.A.G.* VII, p. 170.

tement, en effet, la souscription ne constitue une déclaration de garantie qu'en faveur des seuls créanciers ¹.

On a proposé aussi d'indemniser l'actionnaire victime d'un dol ou d'une erreur par un prélèvement sur les réserves, voire au moyen d'une réduction de capital ou même de la dissolution et de la liquidation ². Certains auteurs recommandent enfin une sorte de séquestre sur les bénéfices futurs ³.

Ces solutions, peut-être séduisantes d'un point de vue purement doctrinaire, n'ont pas été retenues par les tribunaux. Il n'est pas possible en effet d'imposer aux actionnaires, contre leur gré, une réduction du capital. Quant aux réserves, elles assument un rôle strictement défini. Elles sont destinées avant tout à assurer la sécurité de l'entreprise ⁴. Elles constituent d'autre part un élément du patrimoine social sur lequel l'ensemble des actionnaires peuvent faire valoir des droits. Elles ont été formées grâce à une gestion prudente et aux sacrifices consentis par les actionnaires dans leur ensemble. Il serait choquant, voire contraire au principe de l'égalité, d'y opérer des prélèvements dans l'intérêt d'un seul actionnaire.

Les solutions proposées pour atténuer la rigueur du principe de l'irrévocabilité de la souscription se heurtent ainsi à divers principes essentiels du droit de la société anonyme. On ne peut s'empêcher, d'autre part, de constater que l'actionnaire victime d'un dol ou d'une erreur, doit s'en prendre avant tout à lui-même. La loi entoure la souscription d'actions de dispositions protectrices étendues. L'actionnaire qui signe un bulletin de souscription ou l'acte constitutif de la fondation simultanée, exprime sa volonté dans des circonstances beaucoup plus solennelles que celles qui accompagnent ordinairement la conclusion d'un contrat ⁵. Le souscripteur trompé ou victime d'une erreur ne saurait ainsi avoir droit à beaucoup de sollicitude. Il ne faut pas oublier enfin que la prise d'une participation dans une société en formation n'est jamais totalement exempte de certains mobiles tant soit peu spéculatifs. Le souscripteur sait pertinemment,

¹ A. WIELAND, *S.J.Z.* 10, p. 222.

² A. WIELAND, *Festschrift*, p. 435.

³ SUTER, p. 233; MOOS, p. 197.

⁴ SENARCLENS, n° 35 et s.

⁵ Même sens, SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 27.

au moment où il s'engage, qu'il risque de perdre le montant de son apport pour peu que la société fasse de mauvaises affaires ¹.

Il faut se souvenir enfin — et cette objection est pratiquement la plus grave de celles qu'on puisse faire à la théorie du prélèvement sur les réserves — que ce n'est guère avant la faillite que l'actionnaire apprendra qu'il a été trompé, ou à tout le moins qu'il fera valoir l'erreur ou le dol dont il se prétend victime. L'apprendrait-il par hasard alors que la société distribue encore un dividende, qu'il se garderait bien de faire valoir son exception. GUHL remarque judicieusement que c'est précisément au moment où les créanciers ne sont plus garantis que par le capital social, que surgissent les exceptions susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de ce capital social ². Aussi bien, si la société est en faillite, c'est qu'elle n'a plus de réserves.

13. L'ACTION EN DOMMAGES-INTÉRÊTS DIRIGÉE CONTRE LA SOCIÉTÉ, RESPONSABLE DU DOL DE SES ORGANES. — Il arrive qu'un actionnaire trompé ou victime d'une erreur cherche à obtenir réparation du dommage qu'il a subi, en actionnant la société elle-même, qu'il considère comme responsable du dol commis par ses administrateurs ou ses fondateurs ³.

Une telle action est-elle recevable ? La nécessité de maintenir à tout prix l'intégrité du capital social a amené la doctrine et la jurisprudence à résoudre cette question par la négative. Condamner la société à réparer le dommage causé par ses organes à l'occasion de la souscription, risquait de produire un résultat analogue à celui de l'annulation de la souscription pour cause d'erreur ou de dol. L'indemnité mise à la charge de la société

¹ Voir GYR, p. 98-99.

² GUHL, S.A.G. VII, p. 272 et s.

³ Ainsi dans l'arrêt SPAR-UND LEIHKASSE STECKBORN, A.T.F. 41 III 140, le défendeur à qui la société réclamait la libération du montant de sa souscription, répondit par une action reconventionnelle en dommages-intérêts. Il alléguait qu'il avait souscrit les actions émises à l'occasion d'une augmentation de capital, sur la base d'un prospectus reproduisant de faux bilans.

Dans un cas de ce genre et lorsque le dol est imputable aux organes de la société, on pourrait hésiter et se demander si la société n'est pas responsable. La question ne saurait, en revanche, être discutée lorsque le dol est imputable aux fondateurs, qui ne sont pas des organes de la société. BOESCH, p. 49, est de l'avis contraire; il estime que les fondateurs peuvent très bien être considérés comme des organes ou des représentants de la société future.

Voir aussi arrêt DARMSTAEDTER, A.T.F. 32 II 96. cons. 6.

eût pu porter atteinte à l'intégrité du capital social. La jurisprudence a toujours considéré comme nuls les engagements obligeant la société à rembourser les souscriptions. Il eût été illogique d'admettre une action en dommages-intérêts contre la société qui eût conduit à un résultat identique¹. C'est ce que le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt cité SPAR- UND LEIH-KASSE STECKBORN : « Une action en dommages-intérêts ne peut être admise lorsqu'elle aurait l'effet de restituer une part du capital social, alors que certains créanciers ne sont pas désintéressés. »² Dans une espèce analogue, le Tribunal supérieur zurichois avait jugé dans le même sens : « Il faut rejeter l'action dirigée contre la société considérée comme responsable du dol de ses organes. Si une telle responsabilité peut être admise dans les sociétés de personnes, elle ne saurait l'être dans la société anonyme. Obliger la société à réparer le dommage, c'est en fait ordonner un transfert de numéraire tombant sous le coup de l'art. 629, 3^e al., ancien³. L'actionnaire qui demande à garder sa qualité d'actionnaire et à être en même temps indemnisé de la moins-value subie par ses actions ne demande rien d'autre qu'une restitution totale ou partielle de sa souscription. »⁴

14. LE CARACTÈRE IRRÉVOCABLE DE LA SOUSCRIPTION. — L'actionnaire amené à souscrire par dol ou par erreur n'est ainsi reçu ni à demander l'annulation de sa souscription, ni à réclamer à la société la réparation du préjudice causé par les organes de celle-ci. Cette solution ne comporte pas d'exception, que la société soit ou non en mesure de désintéresser ou de garantir ses créanciers tout en donnant satisfaction à l'actionnaire lésé. L'actionnaire est lié irrévocablement et l'étendue de son engagement est déterminée une fois pour toutes par le contenu de sa déclaration de souscription⁵. Cet engagement l'oblige tant à l'égard des créanciers qu'à l'égard des actionnaires⁶.

¹ Même sens, Moos, p. 187.

² A.T.F. 41 III 140; J.T. 1915, p. 546.

³ L'art. 629, 3^e al. ancien prévoyait : « Les actionnaires n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements, ni lors de la dissolution de la société, ni auparavant. » Cette disposition a disparu du texte révisé.

⁴ Bl. Z.R. 20, p. 261.

⁵ Arrêt NAEGELI c/ SCHWEIZER ET CONSORTS, A.T.F. 15, 619.

⁶ Arrêt PAYAN c/ VELOCITAS S. A., A.T.F. 51 II 181.

La règle ainsi formulée par les tribunaux au sujet des vices de la volonté a vu sa portée étendue à d'autres cas et elle demeure applicable, quelle que soit la nature de l'exception soulevée, pour peu que cette exception porte atteinte au principe essentiel de l'intégrité du capital social ¹.

Cette jurisprudence, si elle a pu faire l'objet de certaines critiques, a cependant le mérite de s'inspirer des principes fondamentaux qui dominent le droit de la société anonyme. Comme l'a écrit GUHL, « si la loi s'efforce d'obtenir le versement intégral du capital social, puis de garantir son intégrité pendant l'existence sociale, il incombe au juge, dans le silence de la loi, de prendre de son côté les mesures propres à empêcher toute atteinte au capital social » ².

Le Tribunal fédéral n'a réservé qu'un seul cas, où le rejet de l'exception se heurterait à une règle d'ordre public : celui de la souscription par un incapable. Dans une telle éventualité, aucune considération ne permettrait d'ignorer le principe de la non-validité absolue des engagements de l'incapable ³.

§ 2. *La nullité des conventions violant l'article 628.*

15. LE MOYEN TIRÉ DE CETTE NULLITÉ. — Nous verrons ci-dessous le mécanisme de la dissimulation des apports ou des reprises et le schéma des conventions que les fondateurs concluent pour transférer à la société, en dehors des formalités prescrites par la loi, des établissements ou autres biens dont ils ne veulent pas faire mention dans les statuts ⁴.

Ces conventions, qui violent une règle impérative, sont illicites et partant nulles. Elles n'engagent pas la société, qui ne peut être tenue de les exécuter.

Mais la société est seule à pouvoir invoquer cette nullité. Si la convention est conclue entre la société et un actionnaire et qu'elle prévoit que l'actionnaire, après avoir libéré en espèces 20 % de sa souscription ⁵, cédera des biens en nature à la société

¹ Arrêt PAYAN c/ VELOCITAS S. A., A.T.F. 51 II 181, cons. 3.

² S.A.G. VII, p. 170-171.

³ Arrêt BACH c/ SPAR- UND LEIHKASSE STECKBORN, A.T.F. 39 II 531, cons. 3.

⁴ Voir chapitre X, ci-dessous.

⁵ Cette libération partielle en espèces est nécessaire, puisque, extérieurement, l'opération revêt l'aspect d'une fondation ordinaire, sans apports en nature.

et compensera son obligation de libérer le solde de sa souscription avec sa créance contre la société, l'annulation de la convention laissera subsister, pour l'actionnaire, l'obligation de libérer en espèces le montant de sa souscription. Pas plus que le dol ou l'erreur, l'exception tirée de la nullité de la convention ne saurait délier l'actionnaire de cette obligation ¹. L'annulation de la convention aura ainsi pour effet d'obliger l'apporteur à libérer en espèces, jusqu'à concurrence de la somme totale qu'il a souscrite. Pas plus que la nullité, la prétendue simulation ne pourrait l'autoriser à refuser d'exécuter l'engagement qu'il a pris ². On peut prévoir cependant que l'apporteur se gardera bien d'invoquer la nullité de la convention qu'il a signée, puisque, si la convention est annulée, son obligation se révélera considérablement plus lourde qu'il ne l'avait envisagé. D'autre part, il est peu probable que la société soit en état de refuser d'exécuter la convention et réclame le versement en espèces de la souscription. Au moment prévu pour l'exécution de cette convention, les fondateurs exerceront encore sur les administrateurs, s'ils ont pris les précautions nécessaires pour la réussite de l'opération qu'ils ont combinée, une influence suffisante pour que ces derniers exécutent docilement leurs instructions et ne songent pas à invoquer la nullité de conventions qu'ils ont reçu l'ordre d'exécuter. Il ne pourrait en être autrement qu'une fois que les actionnaires se seront rendu compte du danger qui les menace et auront remplacé, dans l'administration de la société, les créatures des fondateurs par des administrateurs plus indépendants.

§ 3. *Le contrôle de la fondation par les organes du registre du commerce.*

16. LA THÈSE DU CONTRÔLE MATÉRIEL. — Le futur actionnaire qui va souscrire un engagement irrévocable ou le futur créancier en pourparlers avec les promoteurs d'une société en formation peuvent-ils escompter que le contrôle du préposé au registre du commerce empêchera d'éventuelles irrégularités ? Peuvent-ils s'en remettre à ce fonctionnaire et se contenter

¹ SIEGWART, n. 34 ad art. 628.

² SIEGWART, n. 36 ad art. 628. HUBER, p. 99 et 112; HERY, p. 125; SCHULTHESS, p. 13 et 38; voir cependant WEHRLI, p. 56.

de n'examiner que superficiellement les projets et les plans qu'on leur soumet, en estimant que, puisque la société ne peut prendre naissance sans le concours d'une autorité administrative, aucun dommage ne saurait résulter d'opérations qu'elle aura examinées ? En d'autres termes, l'inscription de la société au registre du commerce signifie-t-elle que toutes les dispositions légales ont été observées et qu'aucune irrégularité n'a marqué la constitution de la société ?

A lire certaines opinions exprimées en doctrine, on pourrait le penser. C'est ainsi que SIEGWART écrit que le préposé au registre du commerce a le devoir de s'opposer à l'inscription d'une nouvelle société anonyme lorsque les statuts ne contiennent pas les indications légales sur les apports en nature, les reprises de biens et les avantages particuliers ¹. SIEGWART semble ainsi considérer comme acquis que le préposé au registre du commerce a le pouvoir légal de vérifier la matérialité des faits qu'on le requiert d'inscrire et surtout qu'il en a la possibilité effective. Cette double hypothèse est-elle en accord avec la mission que la loi confère aux organes du registre du commerce et avec les moyens qu'elle met à leur disposition ? SIEGWART ne soulève pas la question ; il se réfère simplement à l'art. 81 O.R.C.

EGGER professe la même opinion que SIEGWART ². Son argumentation est d'ailleurs discutable. Elle a pour point de départ l'art. 940, 1^{er} al. qui enjoint au préposé au registre du commerce de rechercher si « les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies ». D'autre part, et conformément à l'art. 38 O.R.C., le préposé doit s'assurer que les inscriptions au registre du commerce sont conformes à la vérité, qu'elles ne peuvent induire en erreur, ni ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. Sans doute, la loi ne pose elle-même ce principe que pour les raisons de commerce (art. 944), mais EGGER estime que l'art. 38 O.R.C. en a généralisé l'application à toutes les inscriptions. Cette méthode d'interprétation qui étend à l'extrême l'application d'une disposition légale en argumentant d'une simple disposition réglementaire, susciterait à elle seule des réserves sérieuses, qu'on devrait formuler d'ailleurs égale-

¹ SIEGWART, n. 20, 34, 58 et 72 ad art. 628 ; voir aussi NOËL, p. 99 s.

² S.J.Z. 34, p. 7.

ment à l'égard de l'opinion de SIEGWART, si son renvoi à l'art. 81 O.R.C. pouvait être considéré comme une démonstration de la thèse qu'il soutient.

Tel n'est pas le cas. L'art. 81 O.R.C. en effet se borne essentiellement à reproduire en substance l'art. 628, qui statue l'obligation d'indiquer apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers dans les statuts, en précisant que les statuts doivent mentionner d'éventuels postes passifs « se rapportant » aux biens apportés ou repris. A vrai dire, et sur ce point, l'art. 81 O.R.C. va plus loin que l'art. 628, puisqu'il impose au préposé d'examiner « si la société reprend des biens d'un actionnaire ou d'un tiers, ou doit reprendre immédiatement de tels biens après la fondation ou l'augmentation de capital ». Sans doute cette disposition paraît-elle, à première vue, attribuer au préposé un pouvoir matériel de contrôle. Si tel devait être le cas, elle serait alors en discordance avec d'autres dispositions légales ou réglementaires, notamment l'art. 940, 2^e al. et l'art. 115 O.R.C. Elle attribuerait, d'autre part, au préposé au registre du commerce un pouvoir que la jurisprudence lui a toujours refusé.

L'art. 940, 2^e al. prescrit que le préposé recherche « lors de l'inscription de personnes morales, si les statuts ne dérogent pas à des dispositions légales de caractère impératif et s'ils contiennent les clauses exigées par la loi ». Si la première des deux directions dans lesquelles doit se faire l'examen du préposé peut, telle qu'elle est mentionnée par la loi, laisser croire provisoirement à la portée matérielle de cet examen, la seconde manifeste clairement, en revanche, le caractère purement formel du contrôle exercé par le préposé.

Quant à l'art. 115 O.R.C. relatif à l'approbation des inscriptions par l'Office fédéral du registre du commerce, il prévoit que l'Office fédéral ordonne la publication lorsqu'il a constaté que l'inscription est conforme aux prescriptions. Ici de nouveau, il ne peut s'agir que d'un examen purement formel.

17. LES DIFFICULTÉS PRATIQUES DU CONTRÔLE DU PRÉPOSÉ. — Tant le préposé que l'Office fédéral ne peuvent exercer qu'un rôle à la mesure des moyens d'investigation qui sont les leurs. Or ils sont dépourvus en fait de toute possibilité d'en-

quête, qui leur permettrait de vérifier la matérialité des faits relatifs à l'inscription.

Lorsque le préposé aura examiné si la réquisition d'inscription est régulière en la forme et si elle est accompagnée des annexes prescrites, lorsqu'il aura vérifié que les statuts contiennent les « clauses nécessaires » et qu'aucune de leurs dispositions ne violent des prescriptions légales impératives, il aura pratiquement épuisé ses facultés d'investigation. L'art. 81, 2^e al. O.R.C. qui lui enjoint de rechercher si la société reprend des biens d'un actionnaire ou d'un tiers, ou doit reprendre de tels biens immédiatement après la fondation ou l'augmentation de capital, n'indique pas comment le préposé se livre à de telles recherches, qui nécessiteraient à la fois les pouvoirs d'un juge d'instruction et les connaissances d'un expert ¹. Dans l'état actuel du droit, le préposé ne connaîtra de la fondation et des opérations qui l'accompagnent, que ce que lui révéleront les pièces qui lui seront remises avec la réquisition d'inscription. Il sera dans l'incapacité absolue de s'assurer que ces pièces donnent de la fondation une image conforme à la réalité. Il ne pourra même exiger la production d'autres documents que ceux désignés par la loi.

Comment, dans ces conditions, peut-on escompter que si la fondation est entachée d'une irrégularité autre que formelle et grossière, les administrateurs vont se heurter à un refus du préposé de procéder à l'inscription ? Lorsque, notamment les fondateurs auront omis intentionnellement d'indiquer une reprise de biens dans les statuts, le préposé sera hors d'état de s'en rendre compte, à moins qu'un hasard providentiel ne lui fasse découvrir cette omission.

18. LES LIMITES DU CONTRÔLE DES ORGANES DU REGISTRE DU COMMERCE. — Sans doute le préposé pourra-t-il et devra-t-il s'opposer à l'inscription, si les faits qu'elle énonce sont notoirement faux ². Il est cependant permis de penser que rares seront les réquisitions qui présenteront ce caractère.

¹ Le Projet I (art. 916) obligeait les Chambres de commerce à prêter assistance aux fonctionnaires du registre du commerce, vraisemblablement pour permettre à ces derniers de compléter leurs informations. Cette disposition, d'une application délicate et d'une efficacité douteuse, n'a pas été maintenue dans le Projet II.

² HAUSER, p. 80.

En résumé, les avis de SIEGWART et EGGER, que nous avons rappelés ci-dessus, ne peuvent être approuvés qu'avec de très sérieuses réserves. L'opinion de VON STEIGER est à la fois plus raisonnable — elle n'impose pas au préposé une tâche qui dépasse ses moyens — et plus conforme à l'esprit et au texte de la loi. Selon ce dernier auteur, le préposé doit uniquement s'assurer que les pièces qu'on lui remet sont conformes aux prescriptions légales et qu'elles correspondent à la réquisition d'inscription. Le préposé, en revanche, n'a pas à vérifier si les faits portés à sa connaissance sont exacts¹. Cette dernière opinion est en parfait accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral exprimée notamment dans un arrêt récent, où le Tribunal fédéral a jugé que les organes du registre du commerce connaissent en toute liberté des questions de forme relevant des dispositions spéciales sur le registre du commerce, mais qu'en revanche, leur appréciation dans le domaine du droit matériel est limitée. Ils ne pourront refuser de procéder à l'inscription requise que si cette inscription viole manifestement et indiscutablement (*offensichtlich und unzweideutig*) la loi. Si, au contraire, la violation de la loi n'est pas évidente et que l'inscription requise s'appuie sur une interprétation qui n'apparaît pas d'emblée erronée, l'inscription doit être opérée, afin que le juge puisse être saisi du litige².

On est amené ainsi à conclure que le contrôle exercé par le

¹ VON STEIGER, S.A.G. VIII, p. 99; *Prüfung*, p. 42; même avis, CURTI, p. 78; WEHRLI, p. 111. Lorsque VON STEIGER écrit (*Prüfung*, p. 8) que le préposé peut exiger de la personne qui présente une réquisition d'inscription, qu'elle justifie l'exactitude de ses déclarations, on doit comprendre que la preuve demandée sera administrée à satisfaction, lorsque l'auteur de la déclaration aura établi qu'elle est conforme aux pièces qui l'accompagnent. Il ne peut s'agir de la justification matérielle des faits annoncés.

² Arrêt « CORDA » c/ JUSTIZKOMMISSION BASEL STADT. A.T.F. 67 I 113; J.T. 1941, p. 581. Dans cette espèce, la société recourante et le registre du commerce divergeaient dans l'interprétation de la disposition exigeant un versement minimum de 20 % sur des actions nouvelles.

Jugé que le refus de procéder à l'inscription était justifié dans les cas suivants : Modification des statuts, décidée par voie de circulation, alors qu'une réunion de l'assemblée générale était nécessaire (arrêt GROSSENBACHER & Co A. G. ET GERBER c/ O.F.R.C., A.T.F. 67 I 342; J.T. 1942, 592); clause statutaire ne prévoyant aucune majorité qualifiée pour l'abrogation de clauses rendant plus difficiles les conditions dans lesquelles une assemblée générale peut prendre une décision donnée et violant l'art. 648 (arrêt SOLOTHURNER HANDELSBANK c/ OBERGERICHT KANTON SOLOTHURN A.T.F. 64 I 211; J.T. 1938, p. 611).

Le refus, serait, en revanche, injustifié si l'inscription requise, sans violer aucune

préposé au registre du commerce sur les réquisitions d'inscription qui lui parviennent, ne saurait être que formel. La publication de l'inscription ne signifie nullement qu'aucune irrégularité n'a marqué la fondation. Elle prouve tout au plus que le préposé a reçu une réquisition d'inscription accompagnée des pièces prévues par la loi et que les statuts ne contiennent aucune disposition violant manifestement les prescriptions légales.

Aussi bien, la loi n'attache-t-elle aux inscriptions portées dans les registres publics aucune présomption *juris et de jure* de véracité¹. L'art 9 du Code civil dispose que les registres publics ne font preuve des faits qu'ils constatent que dans la mesure où leur inexactitude n'est pas établie. Encore que dans l'intérêt de la sécurité des transactions, le Tribunal fédéral, puis le Code de 1937 aient accordé à l'inscription un effet guérisseur (art. 643, 2^e al.), l'inscription n'a pas, par elle-même, d'autre portée que d'attester que la société existe et que ses statuts ne contiennent rien de contraire aux prescriptions légales^{2 3}.

Deuxième section : LES ACTIONS INSTITUÉES PAR LE DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Ces actions, comme on l'a rappelé ci-dessus, sont au nombre de trois, sans compter l'action en responsabilité de l'art. 753; soit l'action en dissolution de la société (art. 643, 3^e al.) que peut introduire aussi bien le créancier que l'actionnaire, l'action en dissolution pour justes motifs (art. 736, ch. 4) et l'action en annu-

disposition légale, portait prétendument atteinte aux droits des actionnaires (arrêt CONTINI c/ TRIBUNAL CANTONAL VAUDOIS, A.T.F. 62 I 22); voir aussi arrêts HELLWIG ET CONSORTS c/ SOCIÉTÉ FERMIERE DU GRAND HOTEL DE LA PAIX, A.T.F. 62 I 261; MILCHGENOSSENSCHAFT AARBURG c/ O.F.R.C., A.T.F. 56 I 137; J.T. 1930, p. 595.

¹ Voir sur ce point HERY, p. 13.

² HERY, p. 2-4; le fait que la société n'acquiert la personnalité que par l'inscription au registre du commerce ne signifie pas que l'inscription crée la société.

³ Limités au moment de l'inscription, les pouvoirs du préposé ne subissent aucune extension après l'inscription. Le préposé n'aurait pas qualité, par exemple, pour exiger après coup que les statuts soient complétés par les indications exigées à l'art. 628, s'il se révélait que des apports, reprises ou avantages ont été dissimulés lors de l'inscription (SIEGWART, n. 36 ad art. 628). Dans un cas semblable, les conditions de la violation manifeste et indubitable de la loi qui seule autorise le préposé à intervenir, ne seraient pas réunies; si la dissimulation a échappé à l'examen du préposé, c'est précisément qu'elle n'est pas manifeste.

lation des décisions de l'assemblée générale (art. 706), ces deux dernières étant réservées aux actionnaires.

§ 1. *L'action en dissolution de l'art. 643, 3^e alinéa.*

19. LA FONCTION DE CETTE ACTION DANS L'ESPRIT DU LÉGISLATEUR. — On a vu combien les garanties que peut offrir le contrôle exercé sur la fondation par le préposé au registre du commerce sont limitées. On peut s'associer sans réserve à la remarque d'HERY, lorsqu'il écrit que les dispositions légales qui obligent le préposé à examiner si les conditions requises pour l'inscription sont remplies, ne rendent pas superflue l'action en dissolution de l'art. 643, 3^e al., introduite dans la loi par la revision de 1937 ¹.

Les deux premiers alinéas de l'art. 643 consacrent le principe que la société n'acquiert la personnalité que par son inscription au registre du commerce, mais que cette personnalité est acquise même si les conditions de l'inscription n'étaient pas remplies. Cette dernière prescription, inconnue de l'art. 623 ancien, auquel correspond l'art. 643 nouveau, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce. Quant au 3^e al. de l'art. 643, il dispose que lorsque les intérêts de créanciers ou d'actionnaires sont gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation, le juge peut prononcer la dissolution de la société.

Ainsi le 3^e alinéa de l'art. 643 doit corriger ce que la reconnaissance d'un effet guérisseur à l'inscription au registre du commerce pouvait avoir de trop absolu, dans la mesure où cette inscription légitime d'éventuelles irrégularités. L'action en dissolution de l'art. 643, 3^e al. est censée ainsi maintenir la balance égale entre des intérêts opposés.

20. LES DIFFICULTÉS PRATIQUES DE L'EXERCICE DE L'ACTION DE L'ART. 643, 3^e al. — Cette action est-elle appelée à jouer un rôle important dans le droit de la société anonyme ? Sans trop s'aventurer, on peut prédire que tel ne sera vraisemblablement

¹ HERY, p. 47.

pas le cas. On doit même se demander s'il se trouvera jamais un actionnaire ou un créancier pour en faire usage.

L'action doit être introduite dans les trois mois qui suivent la publication de l'inscription dans la *Feuille officielle suisse du commerce*. La brièveté de ce délai constitue un obstacle grave à son exercice ¹. Sans doute la publication de l'inscription fait-elle présumer que la société est valablement constituée. Il était nécessaire dès lors de fixer un délai très court pour ne pas causer un préjudice excessif aux tiers de bonne foi, qui se sont fiés à l'inscription. Mais on peut penser que si la violation des dispositions légales ou statutaires a échappé au double examen des organes du registre du commerce, il est douteux qu'elle apparaisse, dès les trois premiers mois de l'existence sociale, à un actionnaire ou à un créancier, en général moins exercés à résoudre les questions juridiques que peut soulever la fondation.

D'autre part et en admettant qu'un actionnaire ou un créancier se soient rendu compte que la loi ou les statuts ont été violés, l'intéressé n'aura pas nécessairement conçu du même coup l'idée que ses intérêts étaient gravement menacés ou compromis. Ainsi, dans le cas où l'irrégularité consiste dans la dissimulation d'apports en nature — on admet que la surévaluation d'apports ou de reprises peut entraîner la dissolution de la société ² — les intérêts des actionnaires ou des créanciers ne seront gravement compromis ou menacés que dans la mesure où la dissimulation a pour objet de cacher une surévaluation. Des apports correctement évalués, en échange desquels l'apporteur n'a pas exigé et reçu une prestation excessive, ne sauraient en rien léser la société, pas plus que les actionnaires ou les créanciers, alors même qu'ils auraient été soigneusement dissimulés. Le dommage ne commence qu'avec la surévaluation, assimilable à une émission au-dessous du pair. Mais la preuve de la surévaluation sera extrêmement difficile à faire dans le bref délai de l'art. 643, 4^e al. Comment espérer établir, par exemple, qu'une entreprise apportée avec son actif et son passif, qu'une participation ou qu'un brevet n'ont pas la valeur qui leur est attribuée ? Des opérations compliquées d'estimation, des expertises difficiles et

¹ HERY, *de lege ferenda*, proposait de fixer ce délai à un an (p. 169).

² HERY, p. 28.

complexes seront nécessaires. Il est à peu près exclu d'espérer les mener à chef dans les trois mois qui suivent non pas la connaissance de l'irrégularité, mais bien la publication de l'inscription dans la *Feuille officielle suisse du commerce*. Nombreux sont, d'autre part, les cas où ce ne sera qu'après plusieurs exercices qu'il apparaîtra clairement que tel élément du patrimoine social n'a pas la valeur qui lui avait été reconnue.

Ce sera pourtant au prix d'une telle preuve, qu'actionnaires ou créanciers pourront établir que leurs intérêts sont gravement menacés ou compromis. Sans doute suffira-t-il qu'ils introduisent l'action en dissolution dans le délai de trois mois, la preuve du dommage pouvant n'être administrée qu'au cours de la procédure. Mais sous peine de risquer le reproche de témérité, il leur faudra bien réunir les principaux éléments de leur dossier avant d'introduire action, ne serait-ce que pour pouvoir se déterminer à coup sûr. Il serait fort imprudent de demander la dissolution en n'ayant que la preuve de la dissimulation des apports, sans avoir au moins des indices de la surévaluation. Une certaine retenue est d'autant plus nécessaire que le but de l'action, soit la dissolution de la société, est de nature à causer un préjudice certain, et non pas seulement possible, à tous les actionnaires et à tous les créanciers, pour ne pas parler des nombreuses personnes, dont l'intérêt à la prospérité ou même à la simple existence de la société, n'est pas négligeable ¹.

On rencontrera les mêmes difficultés si la dissimulation a porté non pas sur des apports en nature, mais sur des reprises de biens ou sur des avantages particuliers. En l'absence de toute mention statutaire, la société n'assume aucune obligation juridique. Les conventions de reprises sont nulles. Cependant, si les fondateurs ont su prendre les mesures nécessaires pour s'assurer, sur les administrateurs, une influence suffisante pour les déterminer à exécuter les accords conclus entre eux, ils n'auront pas manqué de faire en sorte que reprises ou avantages ne parviennent pas à la connaissance des actionnaires ou des créanciers dans les trois mois qui suivront l'inscription de la société.

¹ L'intérêt de l'actionnaire qui demande la dissolution de la société risque d'entrer en conflit avec l'intérêt « social » tel qu'il est défini par ROSSET, *Tendances*, p. 21.

On tourne ainsi dans un cercle vicieux. Dans les exemples que nous avons choisis, l'irrégularité consiste dans la dissimulation d'apports en nature, de reprises de biens ou d'avantages particuliers. Cette dissimulation a pour objet, dans la très grande majorité des cas, d'empêcher actionnaires et créanciers de s'apercevoir de l'existence d'opérations qui peuvent leur être préjudiciables. Les actionnaires ou les créanciers n'auront cependant aucun moyen de constater l'existence de ces engagements au cours des trois premiers mois de l'existence sociale; si, par hasard, ils en ont connaissance assez tôt, il leur sera extrêmement difficile de déterminer si les opérations en question leur sont effectivement préjudiciables, et si oui, dans quelle mesure.

Cet examen de l'action en dissolution de l'art. 643, 3^e al. nous permet de conclure qu'elle ne saurait être d'un très grand secours dans le cas d'une fondation qualifiée dissimulée. Il n'entre pas dans le cadre de ce travail de rechercher si l'art. 643, 3^e al. rendra plus de services lorsque l'irrégularité ne consistera pas dans la dissimulation d'apports, de reprises ou d'avantages. On doit cependant avouer qu'il est difficile de discerner quand cette action pourra être de quelque utilité ¹.

§ 2. *L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale.*

21. LES DÉCISIONS SUSCEPTIBLES D'ANNULATION. — Si l'action en dissolution de l'art. 643, 3^e al. semble dépourvue d'efficacité pratique pour l'actionnaire ou le créancier dont les intérêts sont menacés ou compromis par une violation des dispositions sur la fondation qualifiée, l'actionnaire — cette action est refusée au créancier — pourra-t-il recourir à l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale et escompter un résultat plus favorable ?

La première question à résoudre est celle de savoir de

¹ HERY cite notamment comme exemples d'irrégularités pouvant donner lieu à dissolution : le but social contraire aux bonnes mœurs, illicite ou impossible (p. 96); le défaut d'indications statutaires sur le montant du capital social (p. 98) ou sur le nombre des actions ou leur valeur nominale (p. 103); le défaut de raison sociale (p. 105); l'institution de la responsabilité personnelle de l'actionnaire (p. 105), le défaut d'assemblée constitutive (p. 142). De telles irrégularités sont évidemment graves; elles sont même si graves que le préposé au registre du commerce les remarquera immédiatement et qu'il s'opposera à l'inscription, ce qui rendra l'action en dissolution inutile.

quelle décision de l'assemblée générale l'actionnaire lésé ou risquant de l'être, pourra utilement demander l'annulation.

§§ 1. *Dans la fondation simultanée.*

22. L'ACTION EN ANNULATION ET LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI. — L'art. 638 prévoit que la société peut être créée par un acte authentique, où les fondateurs déclarent leur volonté de constituer une société, arrêtent le texte des statuts, constatent que le capital est souscrit, etc. La réunion des fondateurs se rencontrant pour dresser l'acte constitutif peut-elle être assimilée à une assemblée générale, dont les décisions seraient susceptibles d'annulation au sens de l'art. 706 ? Tel ne paraît pas devoir être le cas.

Il faut se souvenir que l'art. 638 précise que *tous* les fondateurs signent l'acte constitutif. On doit en déduire qu'une action en annulation est pratiquement exclue. Il serait en effet contraire à la bonne foi qu'après avoir participé à l'acte incriminé, ou tout au moins après l'avoir laissé s'accomplir sans opposition, un des fondateurs prétende en obtenir l'annulation¹. Une telle prétention serait d'autant plus choquante, que le refus de signer l'acte constitutif eût paralysé la fondation. Les personnes participant à l'acte constitutif disposent ainsi d'un moyen radical, à la différence du simple actionnaire, dont le vote négatif ne peut empêcher l'assemblée générale de prendre une décision à la majorité des voix.

Ainsi, les décisions incorporées dans l'acte constitutif ne sauraient faire l'objet d'une action en annulation. Aussi bien, l'abus de majorité que l'action en annulation est destinée à prévenir ou à réformer, n'est-il pas concevable en ce qui concerne une décision prise à l'unanimité. Théoriquement, le seul moyen d'obtenir l'annulation de l'acte constitutif serait d'invoquer le vice de la volonté. Encore le fondateur, qui se prétendrait victime d'une erreur ou d'un dol, verrait-il fatalement son exception rejetée, à mesure qu'elle aurait pour effet d'amener simultanément l'annulation de sa souscription.

¹ Ce principe est exprimé par le Tribunal fédéral dans un arrêt WILD-SIBER c/ SIBER WEHRLI A. G. (A.T.F. 67 II 166; J.T., 1941, p. 63) au sujet de l'action en dissolution. On peut sans réserve l'appliquer à l'annulation des décisions de l'assemblée générale.

§§ 2. Dans la fondation successive.

23. LES DÉCISIONS DES ART. 635 ET 636. — Dans le cas de la fondation successive, les souscripteurs sont convoqués en assemblée constitutive une fois la souscription terminée. Cette assemblée a notamment pour objet de constater que le capital social est souscrit et que le minimum légal ou statutaire est versé ou couvert par les apports en nature. L'assemblée constitutive ratifie en outre, par une décision spéciale, les éventuelles dispositions statutaires concernant les apports, les reprises et les avantages. Ces deux décisions sont indiscutablement assimilables aux décisions que l'assemblée générale prendra régulièrement au cours de l'existence sociale.

Sans doute, des modifications essentielles ne peuvent-elles être apportées au projet de statuts qu'à l'unanimité des souscripteurs représentés, alors que l'assemblée générale proprement dite statue à la majorité simple ou qualifiée. Mais on ne saurait déduire de cette règle spéciale une conclusion analogue à celle que nous avons formulée à propos des décisions des fondateurs, dans le cas de la fondation simultanée. L'unanimité n'est requise, en effet, que dans l'unique éventualité de modifications essentielles au projet de statuts. La loi n'exige pas, d'autre part, le consentement de l'unanimité des souscripteurs, mais bien celui de l'unanimité des souscripteurs *représentés*. Un souscripteur absent et non représenté devra se soumettre à la décision tout comme un actionnaire de la minorité dans une assemblée générale proprement dite. Quant à la décision spéciale sur les clauses statutaires prévues à l'art. 636, elle ne doit réunir, pour être valable, que les voix des deux tiers du capital social. Ici, la similitude avec une décision ordinaire est parfaite.

Aussi bien, la loi prévoit-elle expressément à l'art. 634, 2^e al. que les dispositions légales et statutaires relatives aux décisions de l'assemblée générale s'appliquent à l'assemblée des souscripteurs.

Est-ce à dire que ces deux décisions, celle de l'art. 635 et la décision spéciale de l'art. 636 sont pratiquement exposées à une action en annulation ? Nous ne le pensons pas.

24. LE CAS DE L'APPORT EN NATURE. — Supposons qu'un actionnaire qui n'aura pas approuvé les dispositions statutaires relatives aux apports en nature cherche à obtenir l'annulation des décisions prises à ce sujet. Il ne serait guère concevable qu'il ne s'attaque qu'à la décision spéciale de l'art. 636. Sans doute cette décision vise-t-elle spécialement et uniquement les dispositions statutaires relatives aux apports, reprises et avantages, mais elle n'est elle-même qu'une conséquence de la première décision prise par l'assemblée constitutive et constatant que le capital social est entièrement souscrit. Demander l'annulation de la décision de l'art. 636 pour le motif que les apports en nature sont surévalués, c'est du même coup prétendre que le capital social n'est pas entièrement souscrit. L'annulation de la seconde décision ne se conçoit pas sans l'annulation de la première.

25. LE CAS DE LA REPRISE DE BIENS ET DE L'AVANTAGE PARTICULIER. — La situation sera différente si les statuts prévoient une reprise de biens et non pas un apport en nature. L'annulation de la décision approuvant les clauses statutaires relatives à une reprise de biens, sera sans effet sur la constatation que le capital est souscrit intégralement. Il en sera de même si la décision spéciale de l'art. 636 ne vise que l'attribution d'avantages particuliers. Cependant, l'annulation de la seconde décision entraînera néanmoins la nécessité d'annuler la première dans la mesure où celle-ci adoptait le projet de statuts, dont les dispositions relatives aux reprises et avantages font partie intégrante. Pour qu'un actionnaire puisse obtenir l'annulation de cette première décision, il lui faudrait établir qu'il n'a pas approuvé le projet de statuts¹. Or, sa souscription se référerait précisément à ce projet de statuts. Il connaissait ainsi, ou devait connaître, les clauses approuvées par la décision dont il demande l'annulation. Rien ne l'obligeait à souscrire s'il les trouvait critiquables. Plus, en souscrivant, il ratifiait implicitement le projet de statuts. Il ne saurait dès lors, sans se heurter

¹ L'action en annulation ne peut être introduite par l'actionnaire qui a participé à l'acte incriminé. Arrêt WILD-SIBER c/ SIBER & WEHRLI A. G., A.T.F. 67 II 166; J.T. 1941, p. 631.

au principe de la bonne foi, demander l'annulation de la décision de l'art. 636.

Admettons cependant que, par suite d'un concours de circonstances spéciales — entre la souscription et l'assemblée constitutive, l'actionnaire a eu la preuve de la surévaluation des biens repris, par exemple — son action en annulation ne se heurte pas à l'obstacle que nous venons de signaler. Dans la plupart des cas, le contrat de reprise de biens aura été exécuté avant même que l'action ne soit introduite. La société sera devenue propriétaire des biens qu'elle devait reprendre et elle aura versé le prix fixé dans les statuts. Pourra-t-elle récupérer du vendeur ce qu'elle lui a versé en trop ? Il est évident qu'une telle action se heurterait à de graves difficultés.

26. LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'ANNULATION DES DÉCISIONS DES ART. 635 ET 636. — On voit clairement quelles vont être ces conséquences.

Privée d'une partie de son capital social s'il se révèle que les apports ont été surévalués, exposée à supporter une perte certaine si elle ne peut obtenir du vendeur des biens repris à un prix surfait la restitution d'une partie de ce prix, obligée en tout état de cause d'avouer dans son bilan une moins-value qui atteint des actifs importants, la société sera fréquemment contrainte de se déclarer insolvable ou de décider sa dissolution. L'action en annulation n'aura ainsi pas d'autre effet que de précipiter la catastrophe, sans pour autant réduire le dommage de l'actionnaire.

Il n'y a guère qu'un cas où l'actionnaire pourra espérer quelque bénéfice de l'annulation des décisions des art. 635 et 636, à supposer que la société y survive : celui où, sans prévoir ni apports, ni reprises, les statuts accordent des avantages particuliers aux fondateurs ou à des tiers. Ce cas sera évidemment exceptionnel.

27. LE CAS SPÉCIAL DE LA DISSIMULATION DES APPORTS, REPRISES ET AVANTAGES, — Les observations que nous venons de formuler supposent qu'apports, reprises et avantages ont, conformément à la loi, fait l'objet des indications statutaires exigées par l'art. 628. Mais pour peu que les fondateurs aient

eu l'intention de tirer un profit illicite d'une surévaluation ou d'une définition inexacte, ils auront eu soin de ne pas attirer l'attention sur leurs opérations et d'éviter toute mention tant dans les statuts qu'à l'ordre du jour de l'assemblée constitutive.

En d'autres termes, et même si l'actionnaire pouvait demander et obtenir l'annulation des décisions des art. 635 et 636, ce ne serait guère que lorsque apports, reprises ou avantages ne recèlent aucun abus et n'exposent ni la société, ni ses actionnaires ou ses créanciers à aucun dommage, puisque les fondateurs ne craignent pas d'attirer l'attention générale sur ces opérations. Pour peu qu'apports, reprises ou avantages soient dissimulés — ce sera la règle si les évaluations ne sont pas correctes — la question de l'annulation des décisions de l'assemblée constitutive ne se posera pas.

§§ 3. *En cas d'augmentation de capital.*

28. En vertu de l'art. 650, 2^e al. les dispositions régissant la fondation qualifiée sont applicables lorsque la société augmente son capital et que cette opération est réalisée totalement ou partiellement au moyen d'apports en nature, ou accompagnée de reprises de biens et d'avantages particuliers.

On sait que l'augmentation de capital est fréquemment décidée et constatée à la fois dans une assemblée générale unique. En d'autres termes, l'assemblée générale décide le principe d'une augmentation de capital et constate immédiatement que le capital augmenté est souscrit ¹. Un tel mode de procéder est comparable à une fondation simultanée; mais cette analogie n'entraîne pas la conséquence que les décisions prises à ce sujet par l'assemblée générale doivent réunir l'unanimité des actionnaires ². Dès lors, il est concevable qu'une minorité s'oppose en vain à l'augmentation de capital ou aux modalités de cette augmentation (apports en nature, par exemple), ou encore aux conventions qui l'accompagnent (reprises de biens, avantages particuliers), et qu'un ou plusieurs actionnaires de cette minorité, refusant de se soumettre à la volonté de la majorité, cher-

¹ VON STEIGER, « Gibt es bei den Kapitalerhöhungen ein sogenanntes Simultanverfahren ? », *S.A.G.* XVI, p. 96 s.

² VON STEIGER, *eod. loc.*, p. 97.

chent à faire annuler soit la décision d'augmenter le capital, soit la décision constatant que le capital social augmenté est souscrit.

Une telle action ne violera pas le principe de la bonne foi, pourvu que l'actionnaire n'ait pas voté la décision qu'il attaque. D'autre part, si l'annulation est prononcée, elle n'entraînera pas nécessairement une dissolution de la société. Elle ne portera nulle atteinte au capital social *primitif* qui reste intouché. Seule sera annulée l'augmentation de ce capital. Si une telle mesure n'est pas de nature à contribuer à la prospérité immédiate de la société, qui passera par une crise inévitable et verra vraisemblablement son crédit ébranlé, elle sera loin de causer un préjudice comparable à celui qui serait fatalement déterminé par l'annulation des décisions de l'assemblée constitutive prononcée au début de l'existence sociale.

Enfin, une action en annulation dans le cas d'une augmentation de capital peut offrir à l'actionnaire certains avantages matériels, ce qui ne saurait être le cas pour l'annulation des décisions de l'assemblée constitutive. Une société qui augmente son capital aura déjà accumulé certaines réserves, elle disposera d'un « acquis » patrimonial que les actionnaires anciens auront tout intérêt, non seulement à ne pas partager avec de nouveaux associés, mais surtout à ne pas hasarder dans des opérations assez douteuses pour entraîner l'annulation de la décision portant augmentation du capital. Ainsi, l'action en annulation ne paraît pas, ici et de prime abord, exposée à l'exception d'abus de droit ou dépourvue de tout profit pour l'actionnaire. Il convient cependant de faire certaines réserves sur son efficacité pratique, réserves qui rappellent celles que nous avons formulées à propos de l'annulation des décisions de l'assemblée constitutive. Si l'augmentation de capital a pour but de procurer un avantage illicite soit aux administrateurs, soit aux actionnaires de la majorité, par le moyen d'apports surévalués, de reprises acquises à un prix surfait ou d'avantages particuliers injustifiés, on peut craindre que, tant au cours de l'assemblée générale qui prendra la décision que dans les deux mois qui la suivront et pendant lesquels ses décisions seront exposées à une action en annulation, rien ne permettra aux actionnaires de la minorité de se rendre compte du préjudice qui les menace.

§ 3. *L'action en dissolution pour justes motifs.*

29. LA FONCTION DE CETTE ACTION EN GÉNÉRAL. — On sait que le Code révisé a introduit à l'art. 736, ch. 4 une nouvelle cause de dissolution, en statuant que la société peut être dissoute par un jugement lorsque des actionnaires, représentant ensemble un cinquième au moins du capital social, le requièrent pour de justes motifs.

A la différence des actions en dissolution prévues à l'art. 643, 3^e al. et à l'art. 625, 2^e al., celle de l'art. 736, ch. 4 ne peut être exercée par un créancier. Elle n'appartient qu'à l'actionnaire ou qu'au groupe d'actionnaires dont les titres représentent le cinquième du capital social.

Cette action peut-elle être de quelque utilité pratique à l'actionnaire menacé dans ses intérêts par la dissimulation d'apports en nature, de reprises de biens ou d'avantages particuliers, ou par telle autre manœuvre irrégulière lors de la fondation ?

Il résulte de la genèse de l'art. 736, ch. 4, telle qu'elle est rappelée dans un arrêt récent du Tribunal fédéral ¹, que le but de cette disposition est avant tout de fournir un moyen de défense à l'actionnaire de la minorité pour le protéger contre les abus de pouvoir que pourrait commettre la majorité. On serait en présence d'un tel abus de pouvoir notamment lorsque la majorité « se servirait de la société dans son intérêt exclusif », par exemple en se réservant des avantages excessifs (salaires, tantièmes, etc.), qui absorberaient le bénéfice net et empêcheraient toute répartition de dividende. Le Tribunal fédéral déduit du but et de la nature de cette action « qu'elle constitue un moyen de droit tout à fait exceptionnel, dont l'admissibilité doit être subordonnée à des conditions très strictes... Cette action a plutôt un caractère subsidiaire; elle n'est donnée que là où la loi ni les statuts n'offrent une protection suffisante à la minorité ». Il ne faut pas penser cependant que l'action en dissolution est toujours irrecevable quand elle n'a pas été précédée d'une action infructueuse en annulation des décisions de l'assemblée géné-

¹ Arrêt WILD-SIBER c/ SIBER & WEHRLI A. G., A.T.F. 67 II 162; J.T. 1941, p. 630; voir aussi l'article cité par le Tribunal fédéral : FROMER, « Die Treuepflicht des Aktionärs », Z.S.R. 58, p. 228 et s.

rale. L'action en dissolution devra cependant être rejetée lorsque le but cherché, soit la réforme de l'abus qui motive l'action, peut également être atteint par une simple annulation des décisions de l'assemblée générale.

Lorsque la dissimulation des apports en nature, reprises de biens ou avantages particuliers, a pour but de masquer une surévaluation des apports ou des reprises ou l'attribution d'avantages excessifs aux fondateurs, elle constitue fréquemment un abus de majorité. Notre examen, tant des possibilités offertes par l'action en dissolution de l'art. 643, 3^e al. et par l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, que de l'efficacité préventive du contrôle de la fondation par les organes du registre du commerce, nous permet de conclure que la réforme de l'abus qui motive l'action au sens de l'arrêt cité ci-dessus, ne peut guère être obtenue par une de ces voies, le cas de l'augmentation de capital mis à part. Rien ne s'opposerait donc, *a priori*, ce dernier cas excepté, à une action en dissolution. Reste à savoir si la dissolution prononcée procurera à la minorité autre chose qu'une satisfaction platonique.

30. L'ACTION EN DISSOLUTION ET LES IRRÉGULARITÉS DE LA FONDATION QUALIFIÉE. — Lorsque l'abus de majorité consiste dans l'absorption du bénéfice par l'attribution aux actionnaires de cette majorité de salaires, d'indemnités ou d'autres avantages excessifs, la dissolution aura généralement pour effet la répartition de parts de liquidation plus ou moins appréciables; — l'absorption du bénéfice suppose par hypothèse que l'exploitation n'est pas déficitaire. Il en sera de même si l'abus de majorité se manifeste par une politique d'amortissements excédant la mesure de ce qui est exigé par le souci d'assurer l'existence de la société ou la distribution d'un dividende aussi constant que possible. La dissolution fera profiter également tous les actionnaires des réserves ainsi constituées, que ces actionnaires appartiennent à la majorité ou à la minorité. La dissolution, dans de tels cas, aura ainsi pour conséquence de donner à la minorité une satisfaction matérielle.

On peut craindre qu'il n'en soit pas de même si elle est prononcée pour irrégularités dans la fondation qualifiée.

La surévaluation d'apports en nature, l'acquisition de biens à un prix surfait, portent toujours atteinte à la substance même du capital social. L'attribution d'avantages particuliers aura fréquemment le même effet. De telles opérations n'ont pas seulement pour conséquence d'empêcher la distribution d'un dividende; elles diminuent irrémédiablement et immédiatement le patrimoine social, tout en constituant une lourde hypothèque pour l'avenir, puisque la société commence son existence, privée d'une partie de ses moyens ou grevée d'engagements sans contre-partie.

Si même on suppose que les premiers exercices produisent un bénéfice malgré les conditions défavorables dans lesquelles la société a été fondée, ces bénéfices ne pourront servir qu'à reconstituer l'actif — jusqu'au moment où cet actif atteindra une valeur égale à celle qu'il aurait dû avoir au début du premier exercice — et équilibrer ainsi le bilan.

Même si la société survit à ces débuts difficiles, une dissolution prononcée plusieurs années après la fondation ne saurait donner lieu à la distribution de parts de liquidation très considérables. On ne voit pas, dès lors, que l'actionnaire ait un intérêt pratique à faire prononcer la dissolution de la société qui lui imposera un procès difficile, au succès incertain et qui ne lui procurera guère qu'un bénéfice moral.

Troisième section : LA FAIBLESSE DES MOYENS PRÉVENTIFS

31. RÉSUMÉ DE CE CHAPITRE; CONSÉQUENCE DE LA FAIBLESSE DES MOYENS PRÉVENTIFS. — La souscription d'actions engage irrévocablement l'actionnaire. S'il désire rompre les liens qui l'attachent à la société, il ne pourra invoquer ni son erreur, ni le dol dont il aura été victime — à supposer que dol ou erreur soient constants — et il restera tenu aux termes de son engagement. Il en est de même quelle que soit l'exception qu'il invoque, le cas de la souscription par un incapable mis à part. Une action en dommages-intérêts contre la société responsable du dol de ses organes sera vouée au même échec. La nécessité de maintenir l'intégrité du capital social interdit qu'on libère l'actionnaire des engagements résultant de sa souscription ou qu'on

condamne la société à réparer sur son patrimoine le dol commis par ses organes à l'égard du même actionnaire.

L'examen auquel est soumise la demande d'inscription au registre du commerce ne saurait donner à l'actionnaire ou au créancier l'assurance que d'éventuelles irrégularités dans la fondation seront nécessairement découvertes. Cet examen n'est que formel. Il ne porte pas sur la matérialité des faits. Amènerait-il même par hasard l'un ou l'autre des organes du registre du commerce à découvrir les indices d'une violation autre que formelle des dispositions applicables à la fondation qualifiée, que ces autorités n'auraient pas le pouvoir de s'opposer à l'inscription et d'obliger la société à modifier telle ou telle clause de ses statuts. La solution d'un litige de ce genre appartient aux tribunaux, le cas de violation flagrante excepté.

L'action en dissolution pour violation grave de dispositions légales ou statutaires lors de la fondation (art. 643, 3^e al.) ne sera pas d'un grand secours à l'actionnaire ou au créancier lésés ou menacés d'un dommage. La brièveté du délai dans lequel cette action doit être introduite empêchera bien souvent l'intéressé, non seulement d'acquérir la certitude qu'il a subi un préjudice ou qu'il y est exposé, mais même de concevoir seulement la possibilité d'un tel préjudice.

Dans le cas d'une fondation simultanée, l'actionnaire qui a pris part à la fondation ne pourra guère, sans commettre un abus de droit, demander l'annulation de la décision des fondateurs, à supposer que cette décision puisse être assimilée à une décision de l'assemblée générale.

Moins exposée à se heurter à l'exception d'abus de droit, l'action en annulation des décisions de l'assemblée constitutive lors d'une fondation successive, risque le plus souvent d'aboutir à la dissolution de la société. Une dissolution votée dans de telles conditions ne permettra certainement pas d'attribuer aux actionnaires de substantielles parts de liquidation. On ne voit pas l'intérêt que l'actionnaire aurait à la faire prononcer. Encore, l'action en annulation des décisions de l'assemblée constitutive n'est-elle concevable que si apports, reprises et avantages n'ont pas été dissimulés. L'ont-ils été, ce qui permet de présumer que la société, les actionnaires et les créanciers

sont exposés à un dommage presque certain, il sera impossible de demander l'annulation des décisions de l'assemblée constitutive qui n'y prêteront pas motif.

L'action en annulation ne pourra guère offrir quelque intérêt que dans le cas d'une augmentation de capital. Mais, ici de même, on ne peut demander l'annulation d'une décision que lorsque cette décision a été prise. Si les apports, reprises ou avantages sont dissimulés — ce sera le cas le plus fréquent — l'assemblée générale ne se sera évidemment pas prononcée à leur sujet.

L'action en dissolution pour de justes motifs enfin, si elle est considérée comme recevable, ne permettra pas non plus à l'actionnaire d'espérer une réparation de la perte qu'il aura subie.

Ainsi les différents moyens de défense découlant pour l'actionnaire ou le créancier tant des dispositions générales que des dispositions propres à la société anonyme, ne leur seront pas d'un grand secours contre les irrégularités de la fondation qualifiée et leurs conséquences; faute de pouvoir *prévenir* efficacement les actes préjudiciables des fondateurs, ils seront le plus souvent contraints de se contenter de tenter d'obtenir *réparation* du dommage qu'ils auront subi. L'action en responsabilité que l'art. 753 leur accorde en revêt une importance d'autant plus grande. Pratiquement, elle constitue, pour eux comme pour la société, la seule garantie d'une fondation régulière¹. Encore faut-il que la base de cette action, telle qu'elle est constituée par les art. 628 et suivants, soit suffisante. Ce ne sera le cas que si l'on interprète ces dispositions dans l'esprit qui convient, en tenant compte de la fonction que le législateur leur a conférée et de l'impérieuse nécessité de protéger société, actionnaires et créanciers contre les spéculations des fondateurs. Nous savons déjà que l'art. 628 est de nature impérative. Nous venons de voir que la responsabilité des fondateurs constitue la seule sanction efficace des dispositions sur la fondation qualifiée. Lorsque nous aurons défini apports, reprises et avantages, lorsque nous aurons vu ce qu'il faut entendre par fondateur au sens de l'art. 753, nous pourrons aborder l'examen des irrégularités visées par l'art. 753.

¹ Même sens, REHFOUS, p. 584.

CHAPITRE V

L'APPORT EN NATURE

32. L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE L'APPORT EN NATURE ET DE L'APPORT EN NUMÉRAIRE. — En manifestant sa volonté de devenir actionnaire, le futur associé s'engage à faire un apport.

En règle générale l'actionnaire s'acquittera de cette obligation par un ou plusieurs versements en numéraire. C'est ce mode de libération qui répond le mieux à la nature de la société anonyme¹. Mais rien n'empêche fondateurs et souscripteurs de convenir que tout ou partie du capital social sera constitué d'apports « *qualifiés* », c'est-à-dire ne consistant pas en numéraire². Que l'apport soit qualifié ou non, sa nature juridique et l'engagement manifesté par la souscription demeurent identiques. L'obligation de l'associé de contribuer à la formation du capital social est un élément intégrant, mais secondaire, de l'acquisition de la qualité d'actionnaire³. Il est clair que quelles que soient les modalités prévues pour l'exécution de l'obligation née de l'adhésion à la société, la nature de cette obligation ne change pas. Le fait de fixer à un montant supérieur au minimum légal la somme à libérer immédiatement, ne modifie nullement la nature de l'obligation de libérer. Il n'en sera pas autrement si les versements en numéraire sont remplacés par des apports qualifiés^{4 5}.

¹ SIEGWART, n. 6 ad art. 628.

² On sait que sous l'empire de l'ancien droit, la question était discutée de savoir si le capital pouvait être intégralement constitué par des apports en nature. L'art. 619, 4^e al. ancien privait du droit de vote dans la décision sur les apports, reprises ou avantages, l'associé dont l'apport ou l'avantage était discuté. Une partie de la doctrine faisait découler de cette disposition la conclusion que les apports ne pouvaient dépasser les trois quarts du capital social. Voir SIEGMUND-LE FORT, p. 278; voir aussi ROSSEL, *Manuel*, 4^e édition, II, n^o 132.

³ SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 5.

⁴ HOFFMANN, p. 12.

⁵ Sur le caractère distinctif de l'apport en nature relativement à la reprise de biens, voir ci-dessous n^o 39.

33. LA « DÉCLARATION D'APPORTS EN NATURE ». — La loi règle avec minutie la forme de la souscription dans la fondation en espèces. Elle exige dans le cas de la fondation successive une déclaration écrite se référant au projet de statuts et, le cas échéant, au prospectus. Dans la fondation simultanée, l'actionnaire est engagé par sa signature apposée au pied d'un acte authentique. Cette abondance de détails contraste avec l'absence totale de prescriptions sur l'engagement de l'actionnaire qui, au lieu d'un simple versement en numéraire, entend faire un apport en nature. La loi en effet ne prévoit aucune forme pour les « conventions individuelles »¹ relatives aux apports en nature, conventions qui sont en étroite connexité avec l'engagement de l'actionnaire de contribuer à la constitution du patrimoine social. La théorie selon laquelle la société anonyme naît d'un contrat est pratiquement abandonnée aujourd'hui. L'analyse du rapport juridique de la fondation échappe au cadre de cette étude et il ne nous incombe pas de rechercher, après tant d'autres, dans quelle mesure la notion de « *Gesamtakt* » définie par la doctrine allemande, est une notion de droit. Quoi qu'il en soit et s'il est indiscutable que la fondation n'est pas un contrat, le caractère contractuel des accords préparant et réalisant l'apport en nature n'est pas moins patent².

On n'entreprendra pas davantage l'analyse de la notion d'« *Illationserklärung* », fréquente dans la doctrine de langue allemande³, qui l'oppose à la déclaration de souscription ordinaire. Il paraît plus simple et plus conforme à la structure véritable de l'opération d'admettre que l'actionnaire, tout en s'obligeant à participer à la formation du capital social, obtient simultanément, par un accord spécial, la reconnaissance de son droit de faire apport d'une chose en lieu et place de l'apport usuel en numéraire⁴. Comme l'écrit MANN, le concept d'apport en nature « recouvre deux actes juridiques : le premier est un contrat de participation (*Beteiligungsvertrag*) et le second un contrat d'aliénation (*Veräußerungsvertrag*) »⁵. MANN développe

¹ SIEGWART, n. 17 ad art. 628.

² SCHULTHESS, p. 11 note 3.

³ Voir HOFFMANN, *passim*, et HUBER, p. 45.

⁴ Même sens RUEGG, p. 97; SILBERNAGEL, p. 113; HUBER, p. 46; WILDI, p. 33-34.

⁵ MANN, p. 62, cité par SCHULTHESS, p. 12, note 8.

cette proposition en faisant ressortir le caractère accessoire et subordonné du contrat d'aliénation, qui ne produit ses effets que dans le cadre du contrat de participation et en conséquence de celui-ci.

Cette analyse de l'apport en nature n'a pas seulement le mérite d'être claire et de mettre en œuvre des éléments qui correspondent aux phases de l'opération, telle qu'apporteurs et fondateurs la conçoivent et la qualifient dans la pratique. La distinction de MANN a en outre l'avantage de faire ressortir la relativité du contrat d'aliénation comparé à l'absolu de la déclaration ou du « contrat » de participation. Que les fondateurs dissimulent les apports en nature en omettant de les indiquer dans les statuts conformément à l'art. 628, les conventions qu'ils ont conclues avec l'apporteur ne lieront pas la société, mais l'apporteur ne sera pas moins tenu aux termes de sa déclaration d'adhésion et contraint d'effectuer en numéraire l'apport censément convenu en nature ¹.

34. L'OBJET DE L'APPORT EN NATURE. — Le contrat ou la déclaration d'apports en nature a pour but de faire acquérir au souscripteur la qualité d'actionnaire moyennant apport d'une chose autre que des espèces ² ou des « succédanés » d'espèces ^{3 4}.

Avant d'examiner quels sont les biens qui peuvent faire l'objet d'un apport en nature, il importe de savoir ce qu'il faut entendre par espèces ou succédanés d'espèces. Une première tendance n'admet parmi les espèces que les billets de la Banque Nationale ⁵. JUCKER exprime une opinion plus libérale et admet chèques, assignations, effets de change, voire créances sur un tiers ⁶. SYZ est plus nuancé. Si pour lui un virement sur compte de chèques postaux vaut indiscutablement libération en espèces,

¹ SIEGWART, n. 17 ad art. 628. Sur la nullité des conventions, voir ci-dessus n° 15 et ci-dessous n° 98.

² HUBER, p. 13.

³ WEHRLI, p. 2 (« *Bargeldsurrogat* »).

⁴ Il n'y a pas d'apport en nature lorsque en contre-partie des biens qu'il cède à la société, l'actionnaire reçoit non pas des actions, mais des obligations. Arrêt WEISSER c/ HOIRS WUETHRICH, A.T.F. 33 II 251, cons. 6.

⁵ HERY, p. 129-130, n. 62, ainsi que les auteurs cités par lui.

⁶ S.J.Z. 29, p. 128.

un virement de compte en banque à compte en banque ne saurait être admis que sous certaines conditions. En revanche, le chèque ou l'effet de change doivent être écartés. Ils constituent en effet une promesse ou un ordre de paiement, mais pas un paiement proprement dit ¹. SIEGWART enfin admet les versements effectués par virement à l'Office de consignation, mais considère comme insuffisante une simple attestation établissant l'existence des avoirs nécessaires dans un autre établissement de crédit ².

C'est cette dernière opinion, la plus récente et la seule qui tienne compte de l'intervention de l'Office de consignation dans les opérations de la fondation, qui semble devoir être retenue. Ne vaudront donc comme versements en espèces que les paiements effectués en billets de banque aux guichets de l'Office de consignation ou les virements au crédit du compte ouvert par cet Office à la société en formation. Si l'art. 633, 3^e al. a un sens, l'Office de consignation doit être débiteur direct de la société en formation ³.

La notion d'espèces ainsi rappelée, nous pouvons aborder l'examen de l'objet de l'apport en nature. L'apport en nature, comme le versement en numéraire, est destiné à constituer le patrimoine social. La surévaluation d'un apport porte atteinte au principe fondamental de la souscription intégrale du capital social ⁴. Il en résulte logiquement que seuls pourront être apportés les biens susceptibles de jouer économiquement le même rôle que les versements en numéraire. Interprété littéralement, l'art. 633, 4^e al. permettrait même de penser que le législateur a tiré les conséquences les plus extrêmes de cette règle. A teneur de cette disposition, en effet, ne valent comme couverture que les apports en nature dont la société peut disposer directement

¹ SYZ, p. 83 s.; voir aussi WETTSTEIN, *S.A.G.*, III, p. 21 s.

² SIEGWART, n. 13 ad art. 628.

³ Ces observations ne valent bien entendu que pour le versement du montant minimum exigé par la loi ou par les statuts pour que la fondation puisse avoir lieu. Il incombe à la société de faire rentrer le solde, après l'inscription au registre du commerce.

⁴ SIEGWART, n. 13 ad art. 628; FOLLIET, p. 186 : « L'actionnaire qui souscrit une action, prend l'engagement de faire un apport au moins égal à la valeur nominale de cette action, puisque le total des apports doit être au moins égal au total du capital. »

comme *propriétaire*. Aux termes des art. 655 et 713 du Code civil, la propriété a pour objet soit les immeubles, soit les meubles. Faut-il en conclure que seuls les biens immobiliers et mobiliers peuvent faire l'objet d'un apport en nature ? Ce serait, à coup sûr, une solution conforme à la fonction dévolue au patrimoine social que vont constituer les apports en nature. Contrairement à la lettre de l'art. 633, 4^e al. la notion d'apports en nature est cependant plus large ¹. On admet généralement que des droits réels autres que les droits de propriété, des droits immatériels et des complexes de biens peuvent être imputés sur le patrimoine social. Brevets d'inventions, procédés de fabrication, raison sociale constituent, selon certains auteurs et sous certaines conditions, des valeurs patrimoniales susceptibles d'être portées au bilan et pouvant, en conséquence, permettre à leur titulaire de les céder à la société anonyme en formation ². Une clientèle, un *good-will* peuvent de même, sinon constituer en eux-mêmes un apport, du moins augmenter la valeur d'une entreprise transformée en société anonyme ³.

Les tribunaux font preuve d'une plus grande réserve. Il a été jugé par exemple que des connaissances professionnelles ⁴, des qualités personnelles ⁵ ne peuvent remplacer un versement en numéraire. La même solution s'imposerait à l'égard d'expectatives ⁶, ou d'un apport en industrie, tel qu'on peut le concevoir dans la société simple ou dans la société en nom collectif. Il a été jugé, en revanche, qu'une concession hydraulique représentait une valeur patrimoniale suffisante pour faire l'objet d'un apport ⁷.

¹ SIEGWART, n. 11 ad art. 628.

² HUBER, p. 26 s.; STAEHELIN, p. 80.

³ SIEGWART, n. 10 ad art. 628. Selon STAEHELIN, p. 28, le *good-will* lui-même pourrait figurer au bilan, à la condition qu'il ait fait l'objet d'une acquisition dérivée. Il en résulterait que le *good-will* pourrait faire l'objet d'un apport en nature. On peut se demander dans quelle mesure les créanciers sont réellement garantis par un patrimoine social partiellement composé de valeurs aussi fuyantes.

⁴ S.A.G. VIII, p. 187.

⁵ Voir un arrêt de la première section civile du Tribunal fédéral du 19 janvier 1932, dans la cause CRÉDIT DE LAUSANNE (S.A.G. IV, p. 98). Lors de la fondation du Crédit de Lausanne, l'assemblée constitutive avait libéré le président du Conseil d'administration de l'obligation de verser le montant des vingt actions de fr. 250.— qu'il avait souscrites, en considération du fait qu'il avait « apporté son nom ».

⁶ MARGUERAT, p. 13.

⁷ Arrêt TRAITEUR c/ MULLER, A.T.F. 36 II 383; J.T. 1911, p. 305 s. Encore faut-il bien entendu qu'une telle concession puisse être portée au bilan. (FOLLIET, p. 55.)

Les créances contre des tiers peuvent naturellement être apportées¹, à condition, bien entendu, qu'elles soient cessibles et pures et simples².

35. LE CAS SPÉCIAL DE LA LIBÉRATION PAR COMPENSATION. LA DONNÉE DU PROBLÈME. — La libération par compensation a ceci de commun avec l'apport en nature qu'elle épargne à l'actionnaire un versement en numéraire³. S'ensuit-il qu'elle ne constitue pas un versement en espèces ou le succédané d'un versement en espèces et qu'elle nécessite l'observation des dispositions relatives aux apports en nature ?

36. LE PROBLÈME A LA LUMIÈRE DE L'ORDONNANCE SUR LE REGISTRE DU COMMERCE, DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL ET DE LA DOCTRINE. — La loi est muette sur cette question. En revanche, l'Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1927 dispose à l'art. 80 que « lorsque des actionnaires ont libéré leurs actions entièrement ou partiellement par compensation avec des créances sur la société, l'acte authentique constatant la fondation ou l'augmentation du capital doit indiquer que l'existence de ces créances a été prouvée et comment elle l'a été ». Ce texte assimile ainsi dans une certaine mesure la libération par compensation à la libération en espèces, puisque tout en la réglementant, il n'exige pas que les créances compensantes soient mentionnées dans les statuts comme l'objet d'un apport en nature. On doit observer cependant qu'en bonne doctrine, l'art. 80 O.R.C. ne règle pas la question d'une manière définitive. Le problème de la nature juridique de la libération par compensation est un problème de droit matériel excédant le pouvoir réglementaire du Conseil fédéral qui n'était pas qualifié pour régler dans l'ordonnance du 7 juin 1927 autre chose que l'organisation, la tenue et la surveillance du registre du commerce (art. 929 C.O.). Avec ROSSET, on doit se demander si, devant le silence de la loi, il n'eût pas convenu de ne pas aborder le problème dans l'Ordonnance et de laisser aux tribunaux le soin de

¹ SIEGWART, n. 12 ad art. 628; CURTI, p. 72.

² HUBER, p. 31; WILDI, p. 30.

³ WEHRLI, p. 26.

le résoudre ¹. Quoi qu'il en soit, l'art. 80 O.R.C. ne saurait lier le juge tant dans la mesure où il assimile la libération par compensation à la libération en espèces, que lorsqu'il exige que l'acte authentique indique que l'existence des créances compensantes a été prouvée et comment elle l'a été. Le contenu de l'acte authentique est déterminé par les art. 637 et suivants qui règlent exhaustivement la question. Un texte réglementaire est dès lors impuissant à compléter la loi en dehors du domaine où le législateur a délégué ses pouvoirs.

Le Tribunal fédéral semble n'avoir jamais eu à examiner pour elle-même la question de la nature juridique de la libération par compensation. Appelé à trancher un certain nombre de litiges où la libération par compensation avait joué un rôle important, il n'a cependant jamais contesté que des actions puissent être libérées par compensation ².

Les principaux commentaires n'expriment pas une opinion moins libérale ³. SIEGWART ne réserve que le cas où la compensation n'aurait pas le but d'éviter un va-et-vient inutile de numéraire, mais servirait par exemple à favoriser illégalement un souscripteur et affaiblirait du même coup le capital social. Quant à EGGER, il va jusqu'à admettre que l'actionnaire peut s'acquitter par compensation du versement minimum de 20% requis par la loi ⁴.

37. LES OPINIONS DIVERGENTES. — Si l'opinion dominante et les tribunaux assimilent ainsi la libération par compensation à la libération en espèces, certains auteurs expriment cependant

¹ ROSSET. *Tendances*, p. 9.

² Arrêts BASLER KANTONALBANK c/ BASLER BAUGESELLSCHAFT, A.T.F. 36 II 542; ARBENZ c/ MASSE EN FAILLITE ARBENZ A. G., A.T.F. 53 III 210; J.T. 1928, p. 180; WILLI c/ HEINEMANN, A.T.F. 58 II 151; J.T. 1933, p. 173 s.; BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 445; J.T. 1934, p. 174. Dans l'arrêt MULDER-WIDMER c/ HOFER, Bl. Z.R. I, p. 216, le Tribunal fédéral fait cependant certaines objections.

La question a été examinée d'une manière approfondie par la Cour d'appel bernoise dans un arrêt du 22 novembre 1924, MASSE EN FAILLITE HOFER A. G. c/ ANKENBRAND, Z.B.J.V. 61, p. 390 s. Voir aussi l'arrêt CONSORTS GRENIER c/ SOCIÉTÉ DES MINES ET SALINES DE BEX, A.T.F. 26 II 437, où il s'agit d'ailleurs non d'une libération par compensation, mais d'une émission d'actions par conversion de réserves.

³ BACHMANN, n. 3 ad art. 618 pour le droit ancien. SIEGWART, n. 44 ad art. 633 pour le Code révisé.

⁴ EGGER, S.J.Z. 1925, p. 348.

un avis différent. C'est ainsi que VON TUHR considère l'obligation issue de la souscription comme une dette dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier, au sens de l'art. 125, ch. 2 C.O. « La compensation, en effet, déclare-t-il, diminuerait la garantie financière que la société anonyme doit présenter dans l'intérêt général et qui constitue la base de son crédit. ¹ » Il est difficile de comprendre en quoi la compensation diminue cette garantie financière. Si la créance de l'actionnaire est exigible et qu'il soit tenu cependant d'opérer un versement en espèces, il ne manquera pas d'exiger immédiatement le remboursement de sa créance. Le patrimoine social, en même temps qu'il s'augmentera du versement de l'actionnaire, diminuera du montant de la créance. Economiquement, le résultat sera exactement le même que celui de la compensation et il ne servirait à rien d'interdire la compensation, puisqu'on ne pourrait empêcher que les fonds versés par l'actionnaire ne lui soient immédiatement restitués en couverture de sa créance.

SYZ et WEHRLI estiment, de leur côté, que la compensation ne peut être admise qu'une fois la société constituée, c'est-à-dire inscrite au registre du commerce. Avant l'inscription, la société, qui n'existe pas, ne peut être débitrice. Il est donc impossible de compenser le versement minimum légal ou statutaire qui doit intervenir avant l'assemblée constitutive, avec une créance sur un débiteur inexistant ². D'autre part, l'art. 633 exige que les versements minimum soient déposés à l'Office de consignation. Cette règle a précisément pour but d'empêcher qu'avant la naissance de la société, les montants versés par les souscripteurs ne soient soustraits à la disposition de la société ³. Enfin, reprises de biens et avantages particuliers sont les seuls actes juridiques susceptibles de donner naissance, avant le début de l'existence sociale, aux créances que l'actionnaire pourrait opposer en compensation. Or la compensation avec une créance issue d'une reprise de biens permettrait d'éluder l'application des dispositions relatives aux apports en nature, tandis

¹ VON TUHR, § 78, VIII, 3.

² SYZ, p. 47.

³ WEHRLI, p. 27.

que l'actionnaire qui compenserait avec la créance que lui confère un avantage particulier, pourrait acquérir ses actions sans faire aucune prestation ¹.

Ces avis sont pertinents et il est exact que la loi exige la consignation des versements minimum. Lorsque les statuts ne font mention ni d'apports en nature, ni de reprises de biens, rien ne saurait libérer l'actionnaire de l'obligation de consigner ². Mais rien ne peut empêcher le souscripteur qui a conclu avec la société en formation une convention de reprises de biens, de compenser son obligation de libérer en espèces avec sa créance de vendeur dans la mesure, bien entendu, où la reprise de biens est mentionnée dans les statuts. Une telle opération n'a pas pour effet d'éluder les prescriptions relatives aux apports en nature. Certes, l'opération se qualifie comme une reprise de biens, au lieu d'apparaître comme un apport en nature. Mais il importe peu qu'elle soit mentionnée dans les statuts et qu'elle parvienne à la connaissance des intéressés sous l'une ou sous l'autre forme.

On ne saurait contester, en revanche, que la compensation fournisse le moyen de dissimuler un apport en nature, lorsque l'absence dans les statuts de toute mention relative aux apports et aux reprises, permet de croire à une fondation avec libération en espèces, et que les souscripteurs compensent les fonds à libérer avec une créance née de la « vente » de biens en nature à la société. Une telle opération a l'élision de l'art. 628 pour conséquence et c'est en cela qu'elle est illégale. Pratiquement, cependant la compensation aura toujours lieu après l'inscription de la société au registre du commerce, soit après que la société a acquis la personnalité juridique. Contrairement à l'avis de WEHRLI, la compensation n'est donc pas impossible.

Quant à la compensation avec un avantage particulier accordé à l'actionnaire sous forme d'une attribution en numéraire, on ne voit pas en quoi elle pourrait porter atteinte à l'in-

¹ WEHRLI, p. 28.

² SIEGWART exprime sous une forme un peu elliptique un avis qui n'est pas différent (n. 14 ad art. 633). A première lecture, il semble admettre que la compensation puisse libérer l'actionnaire de l'obligation de consigner les versements minimum. Les jugements et arrêts qu'il cite se rapportent cependant tous à la fondation qualifiée et fixent ainsi les limites de l'avis qu'il exprime.

tégrité du capital social. De deux choses l'une en effet : ou bien la créance de l'actionnaire est immédiatement exigible, ou bien elle ne l'est pas (par exemple si une indemnité, des honoraires ou une commission ne sont payables que six mois ou un an après la fondation). Dans le cas de la non-exigibilité, la compensation n'est pas possible et, dans le cas de l'exigibilité, l'exécution par compensation n'est pas, pour la société, plus onéreuse que le paiement en espèces. Il est erroné de dire, comme WEHRLI, que l'actionnaire acquiert ses actions sans faire aucune prestation¹. Il n'en serait ainsi que dans le cas où indemnités, honoraires ou commissions lui auraient été reconnus par pure complaisance et sans que son activité le justifie. Mais alors la compensation fût-elle interdite par la loi, que cela n'empêcherait pas l'attribution d'avantages illégitimes.

Aussi bien, la doctrine admet-elle la libération par compensation avec un avantage². Le Tribunal fédéral n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer³.

38. CONCLUSION. — Cet examen nous permet de nous rallier à l'opinion qui assimile la libération par compensation à la libération en espèces. Sans doute la libération par compensation peut-elle fournir le moyen d'éluder les dispositions sur les apports en nature⁴, mais elle n'est en elle-même qu'un moyen technique parmi d'autres. Interdire ce moyen n'équivaldrait pas à empêcher radicalement le résultat qu'il permet d'obtenir. D'autre part et si la libération par compensation peut comporter des dangers, elle est propre, en revanche, à rendre de précieux services, en permettant notamment l'assainissement de sociétés obérées, puisque la conversion de créances en actions permet fréquemment d'éviter une liquidation⁵.

¹ WEHRLI, p. 28.

² SIEGWART, n. 20 ad art. 633; n. 64 ad art. 628; n. 72 ad art. 628.

³ Dans un arrêt non publié du 2 mai 1933, BAGGEREI TUGGEN A. G. c/ O.F. R.C. (S.A.G. VI, p. 5) le problème est posé mais non résolu.

⁴ Voir ci-dessous, chapitre X.

⁵ Voir HENGGELE, p. 27.

CHAPITRE VI

LA REPRISE DE BIENS

39. LA NOTION DE REPRISE DE BIENS. — Pour la doctrine et pour la jurisprudence autant que pour les fonctionnaires du registre du commerce, la notion de reprise de biens a été, pendant longtemps, imprécise et mal définie. Il est relativement facile, dans une situation donnée, de reconnaître si on est en présence d'un apport en nature. L'apport en nature est, par définition, *la prestation d'un actionnaire*, lequel acquiert la qualité d'associé en effectuant un apport et en contribuant ainsi à la constitution du patrimoine social. Élément essentiel et nécessaire de la fondation, l'apport, qu'il soit en nature ou en espèces, ne relève pas du droit commun (*Individualrecht*) mais de règles spéciales du droit de la société anonyme (*Körperschaftsrecht*). La connexité de l'acquisition de la qualité d'associé avec la remise à la société de biens ou de droits, dont la valeur est imputée sur le capital social, fournit un critère sûr et en général aisément reconnaissable.

Il n'en est pas de même pour la reprise de biens. La reprise de biens est un contrat conclu avant ou immédiatement après la fondation, contrat aux termes duquel la société acquiert ou s'engage à acquérir à titre onéreux des biens ou des droits que lui cède un tiers. Simple contrat d'aliénation¹, en tout point semblable par son aspect et son contenu aux contrats d'aliénation que la société conclura au cours de son existence, la reprise de biens ne se distingue de ces derniers que par un seul trait qui serait sans signification spéciale si la société anonyme n'était pas fondée sur les principes synonymes de la responsabilité

¹ HUBER, p. 62; SCHULTHESS, p. 15. « La reprise de biens est habituellement un contrat de vente qui ne produit cependant tous ses effets que moyennant l'observation de formalités propres au droit de la société anonyme (*durch körperschaftsrechtlichen Vorgang*) ». SIEGWART, n. 47 ad art. 628.

limitée et de l'intégrité du capital social. Cette physionomie particulière, la reprise de biens l'emprunte au fait qu'elle est conclue *pendant la fondation ou immédiatement après* ¹ soit à une époque où l'expérience a révélé que l'intégrité du capital social pouvait être menacée par certaines opérations spéculatives, auxquelles la phase de la fondation est particulièrement favorable.

La reprise de biens, comme l'apport en nature, a pour effet d'immobiliser partiellement ou totalement le patrimoine social ². L'acquisition, à titre onéreux, de biens ou de droits, ne peut se faire que moyennant versement aux fondateurs de tout ou partie des fonds souscrits par les actionnaires. Il est clair qu'un tel acte de disposition ne doit pas pouvoir être accompli à l'insu des actionnaires. A ce seul titre, il pouvait paraître utile d'exiger l'indication dans les statuts, éventuellement dans le rapport des fondateurs et dans le prospectus, des contrats de reprise de biens. Mais ce souci de renseigner les actionnaires sur l'affectation de leurs fonds ne constitue pas le seul motif qui détermina le législateur à prescrire l'observation de formalités identiques à celles qui s'appliquent à l'apport en nature. Si le législateur a jugé utile de soumettre la reprise de biens comme l'apport en nature à des dispositions qui sont l'exacte réplique les unes des autres, c'est que la reprise de biens est susceptible de menacer non seulement les intérêts de la société et des actionnaires, mais comme l'apport en nature, également ceux des créanciers.

40. L'ANALOGIE DE LA REPRISSE DE BIENS AVEC L'APPORT EN NATURE. — L'analogie économique entre reprise de biens et apport en nature est parfaite. Toute fondation comportant des apports en nature peut, le plus facilement du monde, prendre, au gré des fondateurs, l'apparence d'une fondation avec reprise de biens ³ au point qu'on a pu dire que la reprise de biens n'était souvent qu'un « apport occulte » ⁴. Nous avons vu, en examinant la question de la libération par compensation, le mécanisme de ces métamorphoses : l'actionnaire qui ne veut

¹ WEHRLI, p. 7.

² HOFFMANN, p. 31.

³ WIELAND, Z.S.R. 42, p. 24a.

⁴ FÉLICE, Z.S.R. 42, p. 196a.

ou ne peut faire apport de biens en nature, souscrit en espèces, vend à la société les biens en question et compense son obligation de libérer avec sa créance de vendeur. Juridiquement, on est en présence d'une libération en espèces, mais économiquement le patrimoine social est composé dès la fondation, totalement ou partiellement, de biens en nature sans qu'aient été observées les dispositions légales applicables.

Si l'apport en nature expose société, actionnaires et créanciers au danger d'une trop facile surévaluation des biens apportés, il n'eût servi de rien de soumettre cette opération à des formalités strictes, tout en s'abstenant d'en faire de même pour la reprise de biens. Sans doute le vendeur est-il théoriquement un tiers, puisque normalement l'actionnaire qui veut céder à la société tels biens en nature, les « apportera » et ne souscrira pas en espèces. Certains auteurs ont cru pouvoir en déduire que la reprise de biens était moins dangereuse que l'apport en nature. Le vendeur en effet n'appartiendrait pas au même groupe que les fondateurs et l'opposition d'intérêt qui surgit censément entre acheteur et vendeur devrait avoir pour effet d'empêcher une surévaluation des biens acquis ¹. Des mêmes prémisses, d'autres auteurs ont déduit, avec une logique non moins irréprochable, la proposition inverse. La reprise de biens serait plus dangereuse que l'apport en nature, le vendeur n'étant pas intéressé à la prospérité sociale et n'ayant pas, comme l'actionnaire, le souci de ne pas léser la société ². En fait, il paraît plus prudent de manifester la même méfiance à l'égard de l'une et de l'autre opération tant qu'il n'est pas interdit de remplacer un apport en nature par une reprise de biens et qu'un actionnaire peut, en toute liberté, conclure un contrat de vente avec la société. Au surplus et même si la reprise de biens entre actionnaires et société était prohibée, rien ne serait plus facile que de tourner la loi en recourant au concours d'hommes de paille.

41. REPRISE DE BIENS OU APPORT EN NATURE : LES CAS-LIMITES. — La reprise de biens, simple contrat d'aliénation, se distingue juridiquement de l'apport en nature, par le fait que

¹ SCHULTHESS, p. 49.

² SIEGWART, n. 48 ad art. 628.

le vendeur, étranger à la société, devient son créancier ¹, tandis qu'en échange de son apport, le souscripteur acquiert la qualité d'actionnaire. Tel est le critère fondamental qui permet de découvrir un apport en nature sous un contrat de vente conclu après l'inscription au registre du commerce, mais accompagné d'une compensation entre la créance du vendeur et son obligation de libérer.

La nuance parfaitement nette entre apport en nature et reprise de biens a malheureusement été quelque peu obscurcie par certaines distinctions dont on a d'ailleurs peine à concevoir l'importance pratique.

C'est ainsi que SCHULTHESS écrit qu'on est en présence d'une reprise de biens et non pas d'un apport en nature lorsque, sur assignation de la société qui acquiert les biens en nature, un consortium de fondateurs remet au vendeur un paquet d'actions partiellement ou totalement libérées, souscrites par ce consortium ². Dans un cas de ce genre, il n'y aurait pas « libération en nature » des titres, les biens en nature étant cédés « en contre-valeur de droits d'actionnaire » ³. Il s'agirait ainsi non pas d'une acquisition originaire, mais d'une acquisition dérivée de la qualité d'actionnaire. On se demande à la vérité en quoi il se justifie de traiter différemment l'acquisition originaire et l'acquisition dérivée, ou plus exactement s'il ne convient pas de réserver le terme d'acquisition dérivée à une opération n'intéressant que le vendeur et l'acheteur des titres. Dans l'exemple de SCHULTHESS et bien que les actions ne soient remises au vendeur des biens en nature que par l'intermédiaire de tiers, le résultat est absolument identique à celui de l'apport en nature. Le vendeur acquiert en effet la qualité d'actionnaire en échange de biens en nature qu'il a cédés à la société. Quelle différence, en effet, entre l'acquisition d'actions et l'acquisition de droits d'actionnaire, pour reprendre les termes de la distinction de SCHULTHESS ? Il n'en serait autrement que dans le cas où, sur assignation de la société, le consortium de notre

¹ HOFFMANN, p. 29; HUBER, p. 56; SIEGWART, n. 47 ad art. 628.

² SCHULTHESS p. 15; voir aussi WEHRLI p. 16.

³ ... « als Gegenwert für bereits liberierte oder teilweise noch zu liberierende Mitgliedschaftsrechte » (p. 16).

exemple verserait en numéraire à leur vendeur la contre-valeur des biens cédés. L'opération se qualifierait alors indiscutablement comme une reprise de biens; mais dans la mesure où le vendeur reçoit des actions, dans la mesure également où le patrimoine social est partiellement ou totalement composé dès la fondation de biens en nature, on ne peut avoir dans l'opération décrite qu'un apport en nature ¹.

SIEGWART partage l'avis de SCHULTHESS. Pour cet auteur également, il y a reprise de biens et non pas apport en nature lorsque le vendeur des biens en nature acquiert les actions d'un souscripteur et compense sa créance avec son obligation de libérer le solde dû sur ses actions. SIEGWART invoque à l'appui de sa thèse l'arrêt BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN ². Dans cette espèce, la société fondée par Thalberg et Kahn avait acheté, le jour même de sa fondation, des terrains pétrolifères qui furent payés par la remise d'actions aux vendeurs. Le Tribunal fédéral voit dans cette opération une reprise de biens. On ne pourrait parler d'un apport en nature que dans le cas où le « contrat de fondation » disposerait expressément qu'un ou plusieurs actionnaires effectueraient un apport en nature. En d'autres termes, il n'y aurait pas d'apport en nature lorsque le propriétaire des biens cédés à la société ne figure pas parmi les actionnaires originaires. Les vendeurs du terrain de notre arrêt s'étant dissimulés derrière des hommes de paille, qui seuls apparurent le jour de la fondation, il n'y aurait pas, en cette espèce, d'apport en nature. La distinction entre apport en nature et reprise de biens ne joue, dans l'affaire BÉTHUSY ET CONSORTS qu'un rôle très secondaire et le Tribunal fédéral ne s'y est pas attardé. Ses considérations sur cette question tiennent en quelques lignes dans l'arrêt tel qu'il est inséré au Recueil officiel. Il est ainsi permis de penser que l'arrêt BÉTHUSY n'est pas nécessairement appelé à former jurisprudence sur ce point. On irait fort loin, en effet, en n'admettant pas l'existence d'un apport en nature dans tous les cas où le « contrat de fondation » n'en fait pas état. Si l'apport en nature est dissimulé et qu'en interprétant la notion de reprise de biens comme le

¹ Voir SIEGWART, n. 8 ad art. 628.

² A.T.F. 59 II 445; J.T. 1934, p. 169 s.

Département fédéral de justice et police, dans une décision que nous examinerons ci-dessous, on ne définit pas comme reprise de biens que les acquisitions opérées avant la fondation, la porte serait ouverte à tous les abus que l'art. 628 et l'arrêt BÉTHUSY lui-même cherchent à combattre. Il est piquant en effet de remarquer que l'arrêt BÉTHUSY inaugure une jurisprudence plus sévère en élargissant la notion de reprise de biens pour l'étendre aux acquisitions qui suivent immédiatement la fondation. Sur ce point, on ne peut que se rallier aux considérants du Tribunal fédéral. Il apparaît cependant imprudent de donner, de l'apport en nature, une définition trop étroite et de diminuer ainsi par avance les moyens dont disposent les tribunaux à l'encontre de certaines spéculations.

Si l'apport en nature est relativement aisé à définir et à reconnaître, la reprise de biens, en revanche, est une notion plus fuyante ou rendue telle par une interprétation trop subtile. Il serait regrettable d'en diminuer la netteté par des *distinguos* qui n'ont pas le mérite de la précision, ni celui de la nécessité. La construction de SCHULTHESS, sa distinction entre acquisition originaire et acquisition dérivée de la qualité d'actionnaire, nous paraît devoir être rejetée. Aussi bien, il sera rarement indispensable de tracer une délimitation rigoureuse entre l'apport en nature et la reprise de biens, notions économiquement si voisines. La loi les soumet heureusement l'une et l'autre à des dispositions exactement semblables. Cependant, fût-il démontré que la confusion entre apport en nature et reprise de biens sera toujours sans aucune conséquence pratique, il n'en est pas moins vrai qu'il est toujours dangereux d'obscurcir des concepts déjà complexes par eux-mêmes.

42. L'INTERPRÉTATION DE LA NOTION DE REPRISE DE BIENS ET LES CONTINGENCES DE CETTE INTERPRÉTATION. — Pendant longtemps les tribunaux ont péché par excès de timidité dans l'interprétation des dispositions sur la fondation qualifiée¹, mais il est arrivé aussi singulièrement à l'Office fédéral du registre du commerce, de verser dans l'excès contraire.

¹ L'arrêt WILLI c/ HEINEMANN, A.T.F. 58 II 151; J.T. 1933, p. 173 s., est un exemple connu.

L'exemple suivant permettra de s'en rendre compte ¹. Une société anonyme s'était fondée avec, pour but statutaire, l'achat, la location, l'exploitation, etc., de tous immeubles et particulièrement d'un terrain nommément désigné, que la société se proposait d'acquérir dans une poursuite en réalisation de gage. Le préposé au registre du commerce et l'Office fédéral s'opposèrent à l'inscription, en arguant que, contrairement à l'art. 619 ancien, les statuts ne mentionnaient pas le prix pour lequel la société entendait acquérir le terrain. S'appuyant sur la circulaire développant les « *Principes selon lesquels l'Office fédéral du registre du commerce applique les prescriptions de l'art. VI, ch. 7 de l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919, modifiant et complétant les dispositions du Code fédéral des obligations* », l'Office fédéral envisageait que l'opération projetée constituait une reprise de biens. A la rigueur des textes, on ne saurait le contester. L'art. 619 ancien énonçait clairement que les statuts devaient indiquer non seulement les biens que la société a pris à sa charge, mais aussi ceux qu'elle *doit* prendre à sa charge. Mais où l'Office fédéral faisait preuve d'un formalisme excessif, c'était en voulant imposer à la société de différer sa fondation jusqu'au moment où le prix du terrain serait connu, soit jusqu'après la vente aux enchères.

La décision de l'Office fédéral fut réformée par le Département fédéral de justice et police et l'inscription autorisée. Malheureusement, si le différend reçut ainsi une solution satisfaisante, les considérants de la décision du Département l'étaient moins. En jugeant en effet que l'opération projetée ne constituait pas une reprise de biens, « le dossier ne fournissant pas le moindre point de repère, permettant de croire que les fondateurs auraient conclu, pour la future société, avec de tierces personnes, un contrat prévoyant l'acquisition de l'immeuble », le Département définissait ainsi la reprise de biens : « Il y a fondation avec reprise de biens lorsque les fondateurs de la société ont conclu avant la création de celle-ci, avec de tierces personnes, pour la société, un contrat de reprise de biens, de telle façon que la société

¹ Cité par FÉLICE, Z.S.R. 42 p. 201a et s. Cette décision du Département fédéral de justice et police porte la date du 9 janvier 1923; elle a été publiée dans S.J.Z. 22, p. 8.

naissance pourvue de ces biens ou d'un droit à les obtenir et que logiquement le capital social fixé dans les statuts soit diminué de la contre-valeur des objets acceptés, fixée dans le contrat de reprise.»

Cette définition est évidemment une définition d'espèce; il importait d'écarter l'opposition formulée par l'Office fédéral du registre du commerce, opposition choquante tant sous l'angle juridique que sous celui du bon sens. Et le Département se soucia moins, semble-t-il, d'étudier le sens véritable des dispositions légales à appliquer, que de fonder, sur une argumentation adéquate, une décision qui s'imposait. Il eût pourtant été aisé de motiver d'une façon plus heureuse la décision à prendre en analysant la fonction de l'art. 619 ancien. En l'espèce, le défaut d'indications sur la valeur de l'immeuble n'exposait ni la société et ses actionnaires, ni les créanciers, à un danger grave. Aux termes mêmes des statuts, la société se fondait ouvertement pour faire l'achat de l'immeuble. L'acquisition devait s'opérer par la voie des enchères publiques. L'attribution à l'immeuble d'une valeur surfaite était rendue, de ce fait, à peu près impossible. Enfin, plusieurs des fondateurs étaient copropriétaires de l'immeuble à acquérir. On ne pouvait guère craindre qu'ils se laissent abuser sur sa valeur, sans compter qu'ils n'auraient eu aucun intérêt à laisser la société acheter à un prix trop élevé, puisqu'une surévaluation n'eût guère profité qu'au créancier hypothécaire qui réalisait son gage. En un mot, que les statuts de la société eussent ou n'eussent pas indiqué le prix de l'immeuble à acquérir, la reprise de biens n'exposait ni la société, ni personne à aucun préjudice. D'autre part, tous les intéressés étaient renseignés, aussi clairement qu'on pouvait l'être, sur l'opération projetée. Il semble que ces motifs eussent dû suffire à justifier la décision du Département de justice et police.

On a cependant préféré donner de la reprise de biens une définition en bonne forme, qui permît d'asseoir la décision à rendre sur une base suffisamment dogmatique. Le critère auquel on s'est arrêté — conclusion *avant* l'inscription au registre du commerce d'un contrat entre un tiers et les fondateurs — est malheureusement en totale contrariété avec la lettre et l'esprit de la loi que les « *Principes* » interprétaient judicieusement sur ce point. Les « *Principes* » se conformant à l'art. 619 ancien, ne

subordonnaient pas l'application des dispositions sur la reprise de biens à l'existence d'un contrat conclu *avant* l'inscription de la société au registre du commerce. « Cette succession des opérations (inscription de la société au registre du commerce, suivie de la conclusion du contrat de reprise) ne dispense pas de l'observation de l'art. 619... L'article 619 parle de certains établissements ou d'autres biens, que la société *doit* prendre à sa charge. » Sans doute, les « *Principes* » envisageaient-ils à tort que la conclusion du contrat de reprise ne pouvait avoir lieu qu'après que la société avait acquis la personnalité juridique. Il n'en reste pas moins que l'interprétation de l'Office fédéral du registre du commerce est conforme à la loi, lorsqu'elle soumet les contrats conclus après la fondation à l'observation des formalités sur la fondation qualifiée. Comme nous le verrons ci-dessous, le fait que le contrat n'est pas conclu *avant* l'inscription n'empêche nullement la surévaluation des biens repris. La définition de la reprise de biens, telle quelle était énoncée par le Département fédéral de justice et police, dans l'exemple que nous venons de signaler, restreignait malheureusement l'application des dispositions sur la fondation qualifiée.

Quoi qu'en pense FÉLICE ¹, qui aurait vu « sans aucune espèce de crainte » la loi renoncer à réglementer la reprise de biens, il est nécessaire de soumettre à des dispositions strictes et susceptibles d'une interprétation étendue une opération qui peut exposer actionnaires et créanciers à de graves mécomptes. Aussi bien, loin de suivre le Département fédéral de justice et police, les tribunaux ont-ils marqué une évolution opposée, en se montrant d'une sévérité grandissante. Cette tendance est conforme à l'esprit de la loi. On ne peut que l'approuver, à condition que tribunaux et autorités administratives en restent suffisamment maîtres pour savoir appliquer les dispositions sur la fondation qualifiée en ménageant à l'activité économique la liberté nécessaire, lorsque cette liberté ne peut porter préjudice à aucun intérêt digne de protection. Autant il est nécessaire de pouvoir intervenir efficacement dans tous les cas douteux, autant il serait regrettable de bloquer aveuglément les fondations parfaitement saines, comme celle de l'exemple que nous avons cité.

¹ Z.S.R. 42, p. 207a.

CHAPITRE VII

L'AVANTAGE PARTICULIER

43. LA NOTION D'AVANTAGE PARTICULIER. — Un apport en nature surévalué procure un bénéfice à l'apporteur. En ce sens, la surévaluation constitue pour lui *un avantage*, et un avantage *particulier* à mesure que tous les actionnaires n'en profitent pas. Aussi bien, ne faut-il pas s'étonner que le commentaire HABERSTICH intitule *Dispositions relatives aux avantages particuliers*, les développements qu'il consacre à la fondation qualifiée, soit tant aux apports en nature et aux reprises de biens qu'aux avantages particuliers.

La notion d'avantage particulier n'a plus aujourd'hui un contenu aussi large. Elle n'englobe plus l'apport en nature et la reprise de biens. Elle se limite à certaines prestations accordées, aux frais de la société ¹ et à l'occasion de la fondation, à certaines personnes ayant ou non participé à la fondation, à titre de rémunération pour l'activité qu'elles ont déployée ou pour les services qu'elles ont rendus. Les bénéficiaires peuvent être ou ne pas être actionnaires ². Quant aux prestations, le plus souvent exprimées en numéraire, elles seront immédiatement exigibles ou futures, uniques ou périodiques ³.

L'expression d'*avantage particulier* constitue en elle-même un pléonasme. Un avantage qui ne serait pas particulier cesse-

¹ Une attribution supportée par les fondateurs eux-mêmes n'est plus un avantage particulier au sens de l'art. 628 (arrêt WALLISER INDUSTRIE GESELLSCHAFT c/ TROST A.T.F. 25 II 80. SILBERNAGEL, p. 433).

² Les éléments de cette définition sont empruntés à SIEGWART, n. 60 ad art. 628.

³ On ne peut promettre à titre d'avantage un siège au Conseil d'administration, une restitution des versements opérés par un souscripteur (arrêt RIZZI c/ JOST, A.T.F. 35 II 303; J.T. 1910, p. 359 s.) ou un droit de retrait. (SIEGWART, n. 67 ad art. 628.)

rait en effet d'être un avantage¹. Le terme d'avantage particulier ne se trouve pas d'ailleurs dans le texte français de l'art. 628. Plus heureux sur ce point que le texte allemand, le texte français ne parle que d'« avantage ».

44. LA DISTINCTION NÉCESSAIRE ENTRE AVANTAGE ET FRAIS DE FONDATION. — La précision pléonastique du texte allemand, si on peut la regretter du point de vue de la rigueur de la langue, présente cependant l'utilité de faciliter l'interprétation de la notion d'avantage particulier. Elle fait ressortir en effet le caractère extraordinaire que doit présenter une prestation accordée à un fondateur pour entraîner l'application de l'art. 628.

A vrai dire, la *ratio legis* de l'art. 628 eût dû suffire à elle seule à permettre de trouver un critère utile à distinguer les simples rémunérations usuelles, que nécessite chaque fondation, des véritables avantages dépassant une rémunération normale et soumis, de ce chef, aux formalités de l'art. 628.

Comme les autres dispositions sur la fondation qualifiée, l'art. 628 a pour fonction d'empêcher que les fondateurs profitent de leur situation pour obtenir, aux frais de la société, de substantielles prestations, susceptibles de porter atteinte à l'intégrité du capital social ou de charger la société d'obligations trop lourdes². Il semble donc qu'on eût pu facilement distinguer entre les avantages propres à léser la société et les prestations normales dues pour l'activité des personnes dont le concours a été nécessaire. Tel n'est cependant pas le cas. Dans un arrêt ancien³, le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait entendre par avantage particulier au sens des dispositions sur la fondation qualifiée, toute « *Begünstigung* » accordée à un actionnaire ou tout « *Entgelt* » attribué à une personne ayant participé à la fondation. Il importe peu, selon le Tribunal fédéral, que l'attri-

¹ Même avis, MILLET, cité par WEHRLI, p. 34 n. 9; opinion contraire, WEHRLI, p. 33-34; SIEGWART, n. 61 ad art. 628.

² Encore qu'à la différence des apports et reprises les avantages soient sans effet sur la constitution du capital social et l'évaluation des actifs qui le composent, la stipulation en faveur de certains fondateurs d'une rétribution excessive relativement à l'importance des services qu'ils ont rendus, peut cependant porter atteinte à l'intégrité du capital social. Voir RUEGG, p. 101.

³ MASSE BRIENZ-ROTHORNBACH c/ VEST ECKEL & Co, A.T.F. 21 562.

bution en question ne constitue pas autre chose que des honoraires dus à certains fondateurs pour l'activité qu'ils ont déployée.

On sait que le droit allemand soumet les frais de fondation (« *Gründungsaufwand* ») aux mêmes dispositions que les avantages particuliers. Il en exige notamment l'indication dans les statuts ¹. On peut se demander si, dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral ne s'est pas laissé influencer par la réglementation allemande à laquelle il a jugé utile de se référer. Encore que l'arrêt ne soit pas extrêmement explicite sur ce point, on peut penser que le Tribunal fédéral, constatant que le droit suisse était muet sur la question des frais de fondation, en a conclu que frais de fondation et avantages particuliers étaient implicitement soumis au même traitement et que la notion d'avantage particulier du droit suisse contenait celle de frais de fondation.

On ne saurait prétendre pourtant que la rétribution normale de l'activité des fondateurs est de nature à léser la société. Sans doute entraîne-t-elle une diminution de l'actif social, mais cette diminution ne peut être qu'infime. Il ne faut pas oublier, d'autre part, que les fonds ou les biens qui composent le patrimoine social lors de la fondation ne sont pas destinés à rester intouchés pendant toute l'existence sociale. La fonction du patrimoine social est, au contraire, de fournir à la société les moyens d'effectuer les opérations multiples et rarement gratuites qu'implique le but social. Il est superflu de rappeler que la fondation, pour ne parler que de cette phase de l'existence sociale, entraîne des frais considérables; droits de timbre, frais d'impression, émoluments de l'officier public, frais d'inscription au registre du commerce, autant de charges souvent fort lourdes et dont le total dépassera parfois les honoraires, commissions ou indemnités que la société sera appelée à verser. Pourquoi soumettre certaines de ces dépenses à un traitement spécial, en exigeant l'inscription dans les statuts des honoraires, commis-

¹ WEHRLI, p. 30. « ... Gründungsaufwand, das heisst Minderungen des Grundvermögens im Errichtungsstadium durch Vergütung von Auslagen oder von Gründern oder Dritten anlässlich der Errichtung geleisteten Dienste. » (WIELAND, II, p. 69.)

sions et indemnités, alors que personne n'a jamais songé à énumérer dans les statuts les sommes payées ou à payer pour taxe d'émission, frais d'impression et d'inscription et émoluments ? ¹. Cependant, si l'arrêt MASSE BRIENZ-ROTHORNBACH peut, dans son argumentation, prêter à certaines critiques, il faut relever, en revanche, que les faits de la cause appelaient la solution à laquelle le Tribunal fédéral s'est arrêté. Les prétendus frais de fondation dissimulaient bel et bien un avantage particulier. L'un des fondateurs s'était fait remettre, en effet, 170.000 francs d'honoraires, alors que ses débours n'avaient pas dépassé 15.000 francs. Le capital social n'étant que de 2.000.000 francs, le Tribunal fédéral considéra que ce montant était excessif.

La notion large à l'extrême de l'avantage particulier, que le Tribunal fédéral adoptait, est combattue par une partie de la doctrine. C'est ainsi que pour SILBERNAGEL ² il n'est pas nécessaire d'indiquer dans les statuts les honoraires du notaire qui en a rédigé le projet. REHFUS est du même avis tant pour les honoraires que pour les commissions ³. SCHUCANY, en revanche, en est resté à l'opinion du Tribunal fédéral, dont il cite l'arrêt ⁴.

Si on cherche, dans le texte de la loi, une indication sur l'interprétation à donner à la notion d'avantages particuliers, on

¹ RUEGG (p. 105) qui estime, comme le Tribunal fédéral, que les frais de fondation, fussent-ils minimes, doivent faire l'objet d'une indication dans les statuts, motive son avis en écrivant que seuls lient la société les contrats conclus avant la fondation qui sont mentionnés dans les statuts et approuvés par l'assemblée générale. Selon le même auteur, il ne faut pas voir dans l'indication des frais de fondation et des avantages particuliers dans les statuts autre chose que l'accomplissement d'une forme solennelle. L'opinion de RUEGG est erronée ou à tout le moins incomplètement formulée. Elle manifeste une certaine confusion dans la pensée de cet auteur, qui ne discerne pas clairement le but et la nature juridique de l'art. 628 ou des dispositions correspondantes du Code de 1911. La forme solennelle à laquelle il fait allusion n'a pas été exigée pour elle-même. D'autre part, l'art. 645, 2^e al. fournit aux fondateurs le moyen de faire reprendre par la société les obligations qu'ils ont contractées en son nom avant la fondation. Nous avons vu, d'autre part, que l'art. 628 était une disposition de caractère impératif, ayant pour objet d'assurer une publicité suffisante. Si cet article n'avait pas d'autre fonction que de permettre aux fondateurs de se prémunir contre le refus de la société de reprendre les obligations contractées en son nom, il serait impossible d'en imposer l'observation et d'exiger, comme le fait RUEGG, l'indication des frais de fondation dans les statuts. Une norme de caractère dispositif, accordant à certaines personnes un pouvoir d'action, ne saurait, par définition, revêtir un caractère obligatoire.

² p. 333.

³ p. 580.

⁴ Pour ce dernier auteur, « jede Zuwendung ist Gründervorteil », n. 6 ad art. 628.

n'en trouvera pas. Mais en consultant les projets de revision, on constate que tant l'art. 695, ch. 1 du Projet I que l'art. 626, ch. 1 du Projet II ne prévoyaient l'indication dans les statuts que des avantages spéciaux excédant la commission usuelle attribuée à un ou à plusieurs actionnaires, ou à d'autres personnes ayant coopéré à la fondation.

Cette solution mérite d'être adoptée par les tribunaux. Une liste complète de toutes les dépenses qu'a entraînées la fondation comprenant les honoraires de l'auteur du projet de statuts, les émoluments du notaire, les frais d'impression, les droits de timbre, etc., énumérant ces dépenses poste à poste — la loi exigeant que le nom des « bénéficiaires » figure dans les statuts, l'indication du total des frais de fondation ne suffirait pas — une telle liste n'a rien à faire dans les statuts. Une pareille abondance de détails risquerait, au surplus, de provoquer le résultat exactement contraire à celui que recherche la loi. Il est à craindre, en effet, que les attributions dangereuses pour la société ne passent inaperçues au milieu des dépenses absolument nécessaires ou sans importance.

En résumé, une stricte distinction s'impose entre les frais de fondation et les avantages particuliers. Seuls ces derniers seront indiqués dans les statuts. Mais il y aura lieu parallèlement de soumettre les frais de fondation à un examen sévère et de s'assurer qu'ils ne dissimulent pas un avantage particulier. Il serait trop facile en effet de baptiser honoraires ou commission une attribution hors de proportion avec les services rendus par leurs bénéficiaires. En d'autres termes, de prétendus frais de fondation revêtiront le caractère d'avantage particulier dans la mesure où ils dépasseront les indemnités, honoraires ou commissions que la société aurait accordés à des tiers à l'égard desquels elle n'aurait pas eu de raison spéciale de se montrer généreuse.

45. LA « PARTICULARITÉ » DE L'AVANTAGE. — A moins de présenter un caractère extraordinaire, la rémunération des services des fondateurs est ainsi dispensée de l'obligation d'une mention dans les statuts. Ce caractère extraordinaire qui constitue la particularité de l'avantage peut résulter soit du chiffre

élevé de la rétribution, qui apparaît comme hors de proportion avec les prestations des fondateurs, soit du caractère singulier de cette rétribution ¹; ainsi par exemple lorsqu'il est convenu que la société chargera une banque ayant participé à la fondation de toutes les opérations de crédit qu'elle effectuera ². A vrai dire dans un exemple de ce genre, l'avantage particulier réside moins, semble-t-il dans le fait que la banque acquiert un client de plus, comme paraît le croire WEHRLI ³, que dans la rigidité et la longue durée de l'engagement pris au nom de la société, laquelle voit ainsi sa liberté aliénée d'une manière inhabituelle en matière de mandat. Un contrat de vente avec livraisons successives, conclu entre la société en formation et un actionnaire ou une personne ayant coopéré à la fondation et s'étendant sur plusieurs années, ne constitue un avantage particulier que dans la mesure où ses clauses présentent un caractère insolite et imposent à la société des obligations qu'elle n'eût pas contractées à l'égard d'un tiers quelconque ⁴. Les tantièmes accordés aux administrateurs ne sont, dans aucun cas, des avantages particuliers ⁵. Ils sont attachés, en effet, non pas à une ou à des personnes déterminées, mais à une fonction, ce qui leur enlève toute particularité et partant tout caractère constitutif de l'avantage, au sens de l'art. 628. Pour le même motif, les privilèges accordés à une certaine catégorie d'actionnaires, ne constituent pas un avantage particulier lorsque les fondateurs ne se sont pas réservé toutes les actions de cette catégorie, mais qu'ils les partagent avec les premiers actionnaires par exemple ⁶.

Rappelons, pour terminer, que lorsque l'avantage particulier consiste en une prestation unique en numéraire, il peut servir à compenser l'obligation de libérer ⁷. De même les honoraires, indemnités, ou commissions accordées à un fondateur,

¹ SIEGWART, n. 62 ad art. 628.

² S.J.Z. 1, p. 209.

³ WEHRLI, p. 34.

⁴ Opinion contraire : EGGER, Z.S.R. 45, p. 11, pour qui l'avantage particulier consiste dans la seule conclusion du contrat.

⁵ REHFOUS, p. 58.

⁶ Avis contraire RUEGG, p. 102, pour qui les actions de jouissance constituent un avantage.

⁷ SIEGWART, spécialement n. 73 ad art. 628; avis contraire WEHRLI, p. 28. Voir ci-dessus n° 37 *in fine*.

à condition, bien entendu, qu'ils soient mentionnés dans les statuts. Cela aura souvent pour effet, dans le seul but de permettre aux fondateurs de compenser totalement ou partiellement leur obligation de libérer avec leur créance sur la société, d'amener la mention dans les statuts de prestations qui n'y eussent pas figuré obligatoirement ¹.

¹ SIEGWART, n. 64 ad art. 628.

CHAPITRE VIII

LES FONDATEURS

46. LA SOUPLESSE DE LA FORMULE DE L'ART. 753. — Le Projet de 1875 ne contenait aucune disposition sur la responsabilité des fondateurs. Il disposait simplement que les organes étaient responsables de l'exactitude des indications qu'ils donnaient lors de l'inscription de la société au registre du commerce, et renvoyait, pour le surplus, aux dispositions générales. Le Projet de 1877 employait une autre méthode. Il énumérait longuement les personnes telles que « fondateurs, auteurs du projet, commissionnaires, banquiers, experts, notaires, avocats, fonctionnaires du registre du commerce » qui avaient collaboré à la fondation. La formule actuelle qui statue la responsabilité de « ceux qui coopèrent à la fondation » n'apparaît que dans le Projet de 1879 ¹.

Le législateur a renoncé ainsi à définir la notion de fondateur — il n'emploie d'ailleurs pas ce terme dans le corps de l'art. 753; on ne le trouve que dans la note marginale de l'art. 753 et au premier alinéa de l'art. 755. Les éléments d'une définition n'eussent cependant pas manqué. La fondation fait l'objet d'une réglementation détaillée; il eût été facile de déterminer, sur la base des art. 629 et suivants, les diverses phases de la fondation, d'en distinguer les opérations essentielles et de qualifier de fondateurs ceux qui accomplissent ces opérations.

On sait que le droit allemand donne une définition légale de la qualité de fondateur ². Si cette solution a le mérite de la clarté, elle a, en revanche, l'inconvénient de la rigidité, au point que la définition du droit allemand s'est rapidement révélée trop étroite et qu'il a fallu étendre la responsabilité,

¹ Voir WILDI, p. 102.

² Voir RUEGG, p. 17 et s.

notamment en introduisant la notion de « *Gründergenossen* »¹. On entend par « *Gründergenossen* » les personnes qui, sans revêtir la qualité de fondateurs au sens de la loi allemande, ont cependant participé à la fondation, par exemple en concluant avec la société un contrat de reprise de biens, voire même et uniquement en tirant un profit économique de l'opération, sans y participer nommément. En outre, sont soumis à la même responsabilité que les fondateurs proprement dits, les souscripteurs et les organes désignés pendant la fondation. On peut dire que pratiquement cette extension progressive du cercle des personnes responsables équivaut à un abandon de la définition légale. Ce que la loi perd en précision, elle le gagne en sûreté. La définition légale présente en effet un inconvénient plus grave encore que celui de la rigidité. En délimitant exactement le cercle des responsables, elle provoque et favorise le recours à l'homme de paille. Rien de plus facile pour le fondateur qui veut se soustraire à une éventuelle action en responsabilité que d'agir par l'intermédiaire d'un officieux, lequel jouera le rôle de rédacteur des statuts, le cas échéant de souscripteur, conformément aux instructions qu'on lui aura données et éventuellement grâce aux fonds qu'on lui aura prêtés. Ce danger, promptement reconnu, a précisément eu pour effet l'extension de la responsabilité aux « *Gründergenossen* » du droit allemand.

La solution du droit suisse évite ces inconvénients. Dépourvue de toute rigueur, la formule de l'art. 753 est susceptible d'une application étendue, puisqu'elle statue la responsabilité de « tous ceux qui coopèrent à la fondation », sans même employer le terme de fondateur. Comme l'écrit HENGGELE, on pourrait parler en droit suisse d'une responsabilité à raison de la fondation, plutôt que d'une responsabilité des fondateurs². On a pu dire que la notion de fondateur de l'art. 753 était une notion économique et non pas juridique³. Cette formule, un peu elliptique, doit être comprise en ce sens que la notion de fondateur est une notion d'espèce et qu'il convient d'examiner,

¹ LEHMANN, I, p. 447, cité RUEGG, p. 24.

² « Eigentlich sollte man nicht von Gründerhaftung sondern von Gründungs haftung sprechen. » HENGGELE, p. 16.

³ BACHMANN, n. 8 ad art. 671; WILDI, p. 94; RUEGG, p. 22; HOFFMANN, p. 69; SCHNEEBELI, p. 198; WEHRLI, p. 114 et les auteurs qu'il cite.

dans chaque cas particulier, si les circonstances spéciales de la fondation, tant économiques que juridiques, permettent de conclure à la coopération dont parle l'art. 753. L'absence de toute définition permet de tenir compte aussi bien d'une influence purement intellectuelle, qui ne s'est manifestée extérieurement par aucune démarche, que de la coopération la plus active et la plus matérielle. Il importe peu que l'activité des fondateurs se soit manifestée extérieurement, par exemple par la signature du procès-verbal ¹.

47. L'HOMME DE PAILLE. — La souplesse de cette réglementation a été particulièrement précieuse pour la solution du problème de l'homme de paille. Un des buts de l'évolution du droit, notamment dans les secteurs où il touche de près à l'activité économique, est d'éviter la disjonction de la responsabilité et du profit ². Les fondateurs, au sens courant du terme, ne sont pas toujours les véritables promoteurs de la société. Souvent ils n'agissent que pour le compte de tiers qui, pour un motif quelconque, tiennent à rester dans l'ombre. Fallait-il se borner à considérer comme responsables les simples agents d'exécution et laisser les seuls bénéficiaires de l'opération jouir tranquillement de leurs profits ? D'autre part, s'il était patent que les fondateurs n'avaient agi que comme instruments entre les mains de personnages inconnus, ne convenait-il pas de les libérer, partiellement au moins, de leur responsabilité, puisqu'ils n'avaient fait que remplir un mandat impératif ?

Le Tribunal fédéral a examiné cette question dans l'arrêt déjà cité BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN ³. On sait qu'il avait jugé, à plusieurs reprises, que l'homme de paille qui souscrit des actions pour le compte d'autrui, mais en son nom personnel, devait être considéré juridiquement comme un souscripteur et qu'il était lié à l'égard de la société et des autres actionnaires nonobstant toute convention contraire entre lui et son mandant ⁴. L'arrêt BÉTHUSY applique le même principe

¹ HENGGELE, p. 17.

² « Der wirtschaftlich Verantwortliche darf nicht vom juristisch Verantwortlichen verschieden sein. » HEYMANN, p. 220.

³ A.T.F. 59 II 443; J.T. 1934, p. 169 s.

⁴ Arrêts NAEGELI c/ SCHWEIZER & CONSORTS, A.T.F. 15 627; BASLER KANTONALBANK c/ BASLER BAUGESELLSCHAFT, A.T.F. 36 II 552; BACH c/ SPAR- UND

au problème de la participation à la fondation. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il importait peu que les « fondateurs » qui font dresser l'acte constitutif agissent en fait pour le compte et selon les instructions d'autrui. Les tiers, sur l'ordre de qui la société a été fondée, doivent eux-mêmes être considérés comme des fondateurs soumis aux dispositions des articles 753 et suivants, quelque effacée que puisse être leur participation apparente aux opérations de la fondation. Cela n'a pas pour effet d'ailleurs de dégager les hommes de paille eux-mêmes¹.

La solution de l'arrêt BÉTHUSY coupe court aux discussions spécieuses que la situation particulière des hommes de paille aurait pu susciter. On aurait pu hésiter, par exemple, à rendre de simples exécutants entièrement responsables du dommage consécutif à des actes qu'ils ont commis sur l'ordre et pour le profit de tiers. On aurait pu, à l'inverse, adopter un point de vue plus formaliste et limiter l'application de l'art. 753 aux auteurs directs et immédiats du dommage. On n'a pas manqué de soutenir enfin que le représenté n'encourait aucune responsabilité pour les actes de son représentant, la fondation ne donnant naissance entre le fondateur apparent d'une part, la société, l'actionnaire ou le créancier d'autre part, à aucun rapport contractuel². Cette opinion s'appuyait sur un arrêt du Tribunal fédéral déjà ancien, où était examinée la question de savoir si un fondateur qui s'était fait représenter à l'assemblée constitutive, était responsable du dommage causé par une décision de cette assemblée, approuvant l'attribution d'avantages particuliers³. On sait que sous l'empire du Code de 1881, la responsabilité des fondateurs n'était engagée que s'ils avaient eu conscience que leurs actes pouvaient causer un dommage. La question était ainsi de savoir si la conscience du dommage

LEIHKASSE STECKBORN, *A.T.F.* 39 II 533; SPAR- UND LEIHKASSE STECKBORN c/ ISELIN, *A.T.F.* 41 III 146; *J.T.* 1915, p. 546 s.; AKTIENGESSELLSCHAFT FÜR AUSWÄRTIGEN HANDEL c/ O. A. ROSENBERG & Co, *A.T.F.* 50 II 177; *J.T.* 1924, p. 418; BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, *A.T.F.* 59 II 443; *J.T.* 1934, p. 170 s.

¹ SCHNEEBELI, p. 44-45, estime que la solution adoptée par le Tribunal fédéral limite considérablement le danger que les hommes de paille peuvent faire courir au public. Cela n'est pas contestable, lorsque comme dans l'espèce citée, les hommes de paille sont solvables; tel ne sera cependant pas toujours le cas.

² Voir notamment RUEGG, p. 53.

³ Arrêt MASSE BRIENZ-ROTHORNBahn c/ VEST ECKEL & Co, *A.T.F.* 21 565.

possible chez le représentant pouvait être imputée au représenté. Le Tribunal fédéral la résolut négativement, en considérant qu'en dehors de tout rapport contractuel, le représenté ne pouvait être tenu de la faute du représentant. Cette solution, trop théorique, a été abandonnée peu à peu. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, telle qu'elle a trouvé son expression dans l'arrêt BÉTHUSY, est plus conforme au système des dispositions légales sur la fondation qualifiée¹.

48. LES FONDATEURS AU SENS STRICT ET LES FONDATEURS AU SENS LARGE. — La doctrine distingue les fondateurs au sens strict ou fondateurs *in abstracto* et les fondateurs au sens large². On entend par fondateurs au sens strict les personnes dont l'activité a été déterminante pour la fondation, celles qui ont accompli les actes nécessaires pour que la société prenne naissance. Le sens large du terme, celui de l'art. 753, comprend au contraire toutes les personnes qui, sans avoir pris l'initiative de la fondation, ni effectué elles-mêmes l'une ou l'autre des opérations réglementées par la loi aux articles 629 et suivants, ont néanmoins coopéré activement à la fondation.

49. LE SENS STRICT. — Sans vouloir donner une énumération exhaustive des actes qui confèrent à leurs auteurs la qualité de fondateurs, il suffit d'examiner les art. 629 et s. pour délimiter un premier groupe de personnes qui revêtent indiscutablement la qualité de fondateurs au sens strict.

A. Dans la *fondation successive*, l'opération initiale, aux termes de l'art. 629, 2^e al. est la rédaction d'un projet de statuts portant la signature des fondateurs; — il va de soi qu'un projet non signé n'invalide nullement les opérations subséquentes, pas plus qu'il n'exonère ses auteurs de leur responsabilité³.

Si la fondation est qualifiée et que les actions soient ou non offertes en souscription publique, les fondateurs fourniront un rapport « détaillé ». Encore que la loi ne le dise pas, ce rapport doit porter la signature des fondateurs⁴. La mise en souscription

¹ La qualité d'homme de paille est sans effet sur l'étendue de la réparation. Voir n° 109 ci-dessous et l'arrêt BÉTHUSY, A.T.F. 59 II 460.

² SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 9 et s.

³ SIEGWART, n. 5 ad art. 629.

⁴ SIEGWART, n. 4 ad art. 630; SCHUCANY, n. 3 ad art. 630.

publique des actions nécessite, en outre, un prospectus, également signé des fondateurs. La souscription close, les fondateurs convoqueront une assemblée constitutive, laquelle, au vu des bulletins de souscription, de l'attestation de l'Office de consignation, des conventions relatives aux apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers, constatera que le capital est souscrit, que les versements minimum exigés par la loi ou par les statuts ont été effectués ou sont remplacés par des apports en nature et enfin que versements et apports sont à la disposition de la société. L'assemblée adoptera les statuts et désignera les organes. C'est à ce moment-là que se termine le rôle des fondateurs au sens strict. Il incombe, en effet, aux administrateurs nommés par l'assemblée constitutive de couronner la fondation en requérant l'inscription de la société anonyme au registre du commerce ¹.

Malgré les termes volontairement généraux de l'art. 753, 1^{er} al. on trouve ainsi immédiatement, dans la loi elle-même, des précisions utiles. Il est indiscutable, en effet, que les auteurs du projet de statuts, du prospectus et du rapport des fondateurs ont coopéré à la fondation. On peut en dire autant des personnes qui ont convoqué l'assemblée constitutive, qui l'ont présidée ou qui ont dirigé ses débats et, le cas échéant, emporté ses décisions. Le lésé aura sans doute à rechercher si le dommage qu'il a subi est imputable à tous les fondateurs, ou seulement à tel ou tel d'entre eux. Mais ses efforts seront considérablement facilités par la première discrimination que la loi lui fournit elle-même.

Si la notion de fondateur ne suscite pas de difficultés pour cette première série de personnes, la question devient un peu plus délicate, en ce qui concerne les souscripteurs pris comme tels, les établissements ou les personnes agissant comme domicile de souscription et l'Office de consignation. Les uns et les autres coopèrent indiscutablement à la fondation. Peut-on en conclure que ces auxiliaires indispensables figureront *de plano* dans le cercle des fondateurs au sens strict ? RUEGG semble l'affirmer, à tout le moins en ce qui concerne les souscripteurs. ². Cela

¹ Les personnes qui signent la réquisition d'inscription sont considérées cependant comme des fondateurs au sens strict, voir ci-dessous n° 50 et WILD, p. 112; arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN, A.T.F. 59 II 443.

² RUEGG, p. 23 citant LEHMANN.

semble douteux. WILDI, traitant la même question, est d'un avis opposé. Pour lui une « intention de fonder » (« *Gründungsabsicht* ») reconnaissable est la condition nécessaire de la responsabilité. Une telle intention ne lui paraît pas se manifester suffisamment par la signature d'un bulletin de souscription. Au surplus, expose-t-il, ce sont les souscripteurs qui méritent les premiers la protection de l'art. 753 contre les entreprises des fondateurs. Il ne faut donc pas les considérer eux-mêmes comme fondateurs¹. Le fait qu'il arrive fréquemment que les souscripteurs doivent recourir à l'action de l'art. 753 pour obtenir réparation du préjudice que leur font subir les opérations de certains fondateurs, ne saurait avoir pour résultat de leur enlever la qualité de fondateurs au sens strict, s'il devait être admis qu'ils la revêtent. On peut se rallier cependant aux conclusions de WILDI et exclure les souscripteurs comme tels du cercle des fondateurs au sens strict. Non pas, il est vrai, faute de pouvoir leur reconnaître une « intention de fonder »; — ce critère n'est pas satisfaisant; on ne saurait contester que le souscripteur est animé de l'intention de contribuer à la fondation et du désir de la voir parvenir à chef. Mais bien en considération de l'influence si faible que le souscripteur peut exercer sur la fondation. Pour admettre *a priori* la responsabilité du souscripteur, il faudrait, à tout le moins, suivant WILDI, construire une sorte de responsabilité à raison du risque créé qui incomberait au souscripteur et à l'actionnaire qui signent l'acte constitutif². La loi l'interdit, en manifestant clairement qu'elle institue une responsabilité en raison de la faute et non pas une responsabilité en raison de la fondation.

Depuis la revision de 1937, la loi fait mention des bureaux de versements, auprès desquels les souscripteurs peuvent s'acquitter de leur obligation de libérer (art. 631, ch. 8). Les établissements ou les personnes agissant comme bureaux de versements font-ils partie des fondateurs au sens strict ? On peut voir dans leur activité une coopération à la fondation, puisque le mandat qui leur est donné de recueillir les versements des souscripteurs

¹ WILDI, p. 108 et 109.

² WILDI, p. 109. On sait que le Code de 1881 n'exigeait pas un acte authentique pour la fondation de la société anonyme. Un acte signé de tous les actionnaires suffisait (art. 615 ancien).

est en rapport étroit avec le processus de la fondation. Il n'est cependant pas possible de les assimiler *a priori* aux fondateurs, qui ont signé le projet de statuts, le prospectus ou le rapport de l'art. 630. La question de savoir s'il faut les considérer comme des fondateurs responsables n'a pas été soulevée, à notre connaissance, dans la doctrine. Elle n'a pas davantage occupé les tribunaux.

Le rôle des bureaux de versements doit être soigneusement distingué de celui de l'Office de consignation, qui intervient dans la fondation depuis l'entrée en vigueur du Code révisé. Les bureaux de versements se bornent à accepter les fonds versés par les souscripteurs, à les garder en dépôt jusqu'à la clôture de la souscription et à les transférer ensuite à l'Office de consignation, au compte de la société à constituer. Cette activité n'est pas de nature à exercer la moindre influence sur les destinées de la société. Purement mécanique, elle ne saurait justifier par elle-même la responsabilité étendue de l'art. 753.

Quant à l'Office de consignation, dont l'article 633 précise qu'il doit être désigné par les cantons, il s'agira le plus souvent de banques cantonales ou d'autres établissements officiels ou semi-officiels ¹. Encore que cette qualité ne soit pas une garantie absolue, on peut penser qu'il arrivera extrêmement rarement que de tels établissements délivrent, intentionnellement ou par négligence, les attestations inexactes dont parle l'art. 753, ch. 2. Quant à la question qui nous occupe ici, celle de la qualité de fondateur, on ne peut nier que l'Office de consignation ne la revête. A la différence de celui des bureaux de versements, son rôle dépasse celui d'un simple intermédiaire entre souscripteurs et société en formation. La fonction que la loi lui assigne lui permet de refuser de verser les fonds consignés à des personnes qui n'ont pas qualité pour les recevoir. Seuls les administrateurs, à l'exclusion des fondateurs, peuvent disposer de ces fonds et encore seulement après l'inscription au registre du commerce (art. 633) ². L'Office de consignation aura donc nécessairement

¹ Certains cantons ont cependant désigné comme Offices de consignation des banques privées ou locales, voire des caisses d'épargne; pour la liste de ces établissements voir *Feuille officielle suisse du commerce* du 23 février 1938, n° 45, et du 16 août 1944, n° 191.

² SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 23.

la faculté, et corollairement l'obligation, de vérifier les pouvoirs des administrateurs et de s'assurer que la société a été inscrite au registre du commerce. Une négligence dans l'examen de cette double question entraînerait indiscutablement la responsabilité de l'Office de consignation. Serait-ce une responsabilité de fondateur ? On peut légitimement se poser la question comme on peut se la poser à l'égard des organes du registre du commerce. Ce dernier problème sera examiné ultérieurement. En ce qui concerne la responsabilité de l'Office de consignation, on doit se demander si elle ne relève pas du droit public plutôt que des dispositions de droit privé sur la responsabilité des fondateurs. C'est en vertu d'une règle de droit public cantonal en effet que telle banque recevra en consignation les fonds souscrits. Les fondateurs n'ont pas la faculté de choisir librement l'établissement auprès duquel les fonds seront déposés. Le rapport juridique qui prendra naissance entre l'Office de consignation d'une part, les fondateurs ou la société en formation d'autre part, ne saurait dès lors constituer un mandat. Il semble ainsi que ce rapport, soustrait à la libre disposition des parties, sort de la zone d'application des dispositions sur la responsabilité des fondateurs. Il incombera aux tribunaux et à la doctrine de résoudre cette question.

B. *Dans la fondation simultanée.* Ici le problème se simplifie, puisque la série des opérations que comporte la fondation qualifiée se concentre en une seule. Plus de projet de statuts, de prospectus, de rapport des fondateurs, plus de souscription ni de bureau de versement. A la vérité, le montant minimum exigé par la loi ou les statuts pour les versements à opérer sur chaque action devra être déposé à l'Office de consignation. Mais c'est là la seule opération qui précède l'acte constitutif. Quant à l'acte constitutif lui-même, il condense en un tout l'établissement des statuts, la désignation des organes et la constatation que le capital est souscrit et les dispositions des statuts relatives aux apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers approuvées. Toutes les personnes qui signent l'acte constitutif revêtent indiscutablement la qualité de fondateurs ¹.

¹ WILDI, p. 108; arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 442.

Nous avons circonscrit ainsi une première série de personnes auxquelles *in abstracto* on peut décerner la qualité de fondateurs, en entendant ce terme dans son sens strict : signataires du projet de statuts, du prospectus et du rapport des fondateurs dans la fondation successive, signataires de l'acte constitutif dans la fondation simultanée, sans oublier les personnes qui ont convoqué l'assemblée constitutive et qui l'ont présidée.

Il nous reste à examiner quelles sont les personnes qui peuvent revêtir la qualité de fondateurs au sens large, celui de l'art. 753, en d'autres termes quelles sont les personnes qui participent d'une façon active à la fondation, sans qu'on puisse cependant les considérer comme des fondateurs au sens strict du terme ¹.

50. LE SENS LARGE. — Parmi les fondateurs au sens large, on mentionnera l'officier public qui a dressé l'acte authentique ², le préposé au registre du commerce, les administrateurs qui ont signé la réquisition d'inscription ³, les spécialistes qui ont rédigé le projet de statuts ou conseillé les fondateurs, les banques qui ont fourni les fonds, etc. ⁴.

Encore que la loi n'impose pas à chacune de ces personnes l'obligation de s'assurer que toutes les opérations de la fondation sont conformes aux prescriptions de la loi, il incombe à chaque fondateur, le terme étant pris dans son sens le plus large, de rechercher attentivement si le concours qu'il prête n'a pas pour effet de faciliter ou de permettre des opérations critiquables ⁵.

51. L'OFFICIER PUBLIC. — Cela est particulièrement vrai de l'officier public, dont le concours est nécessaire depuis l'entrée

¹ Voir SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 11.

² GUHL, *Z.B.J.V.* 73, p. 256.

³ WILDI, p. 112; arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, *A.T.F.* 59 II 443. En signant la demande d'inscription, les administrateurs nouvellement désignés garantissent les indications qu'elle contient, ou qui ressortent des documents annexés, tels que statuts, rapport des fondateurs, prospectus, acte authentique, etc.

⁴ RUEGG, p. 22; HENGgeler, p. 17; SIEGWART, *Vorbem. zu Art. 629-639*, n. 13.

⁵ RUEGG, p. 22. Cette circonspection qu'on doit attendre de chaque fondateur n'empêche pas que le fondateur, n'ayant pas de par la loi l'obligation d'examiner les indications portées dans les statuts par exemple, la faute ne se présume pas. Il incombe au demandeur d'en apporter la preuve (RUEGG, p. 127).

en vigueur de l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919, modifiant et complétant les dispositions du Code relatives aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés coopératives. La présence obligatoire d'un officier public à la fondation¹ a éveillé certains espoirs. C'est ainsi que WETTSTEIN écrit que la présence du notaire rend impossible la dissimulation d'une fondation avec apports, reprises ou avantages, et d'une manière générale empêche toute violation des dispositions sur la fondation qualifiée². On ne peut s'empêcher de penser que c'est là une vue un peu optimiste; non pas qu'on puisse douter de la conscience de l'officier public, dont le premier devoir est de refuser son concours à toute fondation entachée de fraude³. Il serait cependant dangereux d'oublier que les moyens d'investigation de l'officier public, comme ceux du préposé au registre du commerce, sont limités. Dans la fondation successive comme dans la fondation simultanée, l'officier public se bornera à enregistrer les déclarations qui lui seront adressées et à constater que les pièces exigées par la loi ont été soumises à l'assemblée. Son rôle n'est pas de scruter le contenu même de ces pièces et d'examiner si leurs indications correspondent à la réalité⁴. Pour peu que l'irrégularité ne soit pas grossière, on ne voit pas comment l'officier public pourrait empêcher une dissimulation ou une définition inexacte ou incomplète. Sans doute la présence de l'officier public empêchera-t-elle les fondateurs d'omettre de présenter le rapport de l'art. 630 ou de soumettre à l'assemblée les conventions relatives aux apports, reprises ou avantages. Mais l'officier public n'aura pas le moyen de s'assurer qu'une évaluation, un inventaire ou un bilan sont exacts. Aussi bien son rôle est-il d'instrumenter, non pas de contrôler la fondation.

¹ Il va de soi que l'officier public appelé à instrumenter ne peut participer simultanément à la fondation comme souscripteur (voir HERY, p. 141, et von STEIGER, *Prüfung*, p. 36). Jugé par le Tribunal cantonal fribourgeois, le 4 septembre 1942, qu'un acte dressé par un notaire agissant en même temps comme souscripteur n'était pas validé par la signature d'un second notaire, si ce dernier n'avait pas assisté à l'assemblée du début à la fin (jugement MONTE-PENTE CORBETTA S.A. résumé dans S.A.G. XV, p. 213); voir aussi *Message*, p. 27.

² p. 43.

³ GUHL, *Z.B.J.V.* 73, p. 250.

⁴ SIEGWART, n. 7 ad art. 637.

A supposer cependant que l'officier public se fasse le complice d'une telle omission ou que par inadvertance il ne la remarque pas, qu'enfin par ignorance ou négligence il n'observe pas les dispositions sur la fondation qualifiée, sa responsabilité sera engagée. Cependant les conditions et l'étendue de cette responsabilité ne s'apprécieront pas sur la base du seul art. 753. Les fonctions de l'officier public revêtent en effet un caractère officiel, même dans les cantons où les notaires ne sont pas des fonctionnaires. Le Tribunal fédéral a jugé que le notaire, en tant qu'il est chargé de donner à certains actes la forme authentique, exécute moins une obligation civile découlant d'un contrat passé entre son client et lui, qu'il n'accomplit une mission officielle instituée dans l'intérêt général ¹. Aussi bien, la plupart des législations cantonales sur le notariat prévoient-elles que, sauf circonstances exceptionnelles, le notaire n'est pas fondé à refuser ses offices. D'autre part, le mandat dont le notaire est investi comporte simultanément un certain lien de subordination entre lui et l'Etat. Un notaire, appelé à instrumenter un acte pour lequel la loi impose la forme authentique, a le devoir de connaître les formes et les conditions requises pour la validité de l'acte. S'il commet une faute, il viole ce devoir et non pas une obligation contractuelle qui aurait pris naissance entre son client et lui. La plupart des lois cantonales sur le notariat règlent fréquemment les conséquences de la faute grave, légère ou simplement professionnelle du notaire. Si cette réglementation est exhaustive, les dispositions de droit cantonal s'appliquent seules, à l'exclusion du droit fédéral. Si le droit cantonal se borne à soumettre la responsabilité de l'officier public au droit civil applicable, le droit fédéral, dans notre cas l'art. 753, entrera en jeu, mais à titre de droit cantonal supplétif ². Mais en revanche, lorsque le législateur cantonal n'a édicté aucune disposition sur la responsabilité des fonctionnaires ou des notaires, le droit fédéral s'applique seul et en tant que droit fédéral ³. La respon-

¹ Arrêt DUBUIS c/ TORRENTÉ, *A.T.F.* 49 II 434 s.

² Arrêts DUBUIS c/ TORRENTÉ, *A.T.F.* 49 II 436 et SAVIOZ c/ GERMANIER, *A.T.F.* 59 II 186. La qualification de droit cantonal supplétif donnée au droit fédéral appliqué en vertu d'une règle de droit public cantonal a pour effet d'exclure la possibilité d'un recours en réforme au Tribunal fédéral.

³ Arrêt LAVALLAZ c/ IMBODEN & CHASTONAY, *A.T.F.* 54 II 364.

sabilité du notaire sera soumise ainsi, selon la loi cantonale qui la régit, soit au droit cantonal, soit à l'art. 753, valant tantôt droit cantonal, tantôt droit fédéral. D'ailleurs et quel que soit le droit applicable, on peut penser avec SIEGWART¹ que le comportement d'un officier public qui tomberait sous le coup de l'art. 753 trouvera sa sanction et donnera lieu à une action en responsabilité.

Il faut cependant réserver le cas où le droit cantonal restreindrait la responsabilité de l'officier public aux conséquences de la faute grave. Pourrait-on envisager qu'en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, l'art. 753 qui étend à la négligence la responsabilité des personnes ayant coopéré à la fondation, devrait alors s'appliquer ? Telle devrait être la solution si une singularité de la réglementation de la responsabilité du préposé au registre du commerce n'imposait pas une autre conclusion. Avant de l'énoncer, il convient cependant d'examiner les conditions et l'étendue de la responsabilité du préposé au registre du commerce.

52. LE PRÉPOSÉ AU REGISTRE DU COMMERCE. — La qualité de fondateur du préposé au registre du commerce et son activité donnent lieu à des observations qui rappellent celles que nous venons de formuler à propos de l'officier public. Nous avons vu que les pouvoirs des organes du registre du commerce se limitent en principe à un examen formel de la fondation et qu'il serait imprudent de placer de trop grands espoirs dans l'efficacité du contrôle qu'ils exercent. Au moment où on appréciera la responsabilité du préposé au registre du commerce, il conviendra de se souvenir que ses moyens d'investigation sont limités.

Au surplus, si cette responsabilité doit nécessairement être mesurée avec indulgence, eu égard à la passivité relative du rôle que ce fonctionnaire est en mesure de jouer, elle subira une nouvelle limitation que le législateur n'avait certainement pas prévue.

On trouve dans le titre XXX, qui traite du registre du com-

¹ SIEGWART, n. 17 ad art. 637. Sur la responsabilité du notaire pour des actes de simple mandat, et sur la diligence particulière que le droit cantonal peut lui imposer, au delà des prescriptions du droit fédéral, voir arrêt X. c/ P., A.T.F. 70 II 221 s.

merce, un article 928 visant la responsabilité du préposé au registre du commerce et des autorités de surveillance immédiate. Cette disposition prévoit que le préposé et les autorités de surveillance répondent personnellement du dommage causé par leur faute ou par celle des employés qu'ils ont nommés. Cette responsabilité se caractérise comme une responsabilité délictuelle soumise à la prescription annale¹. Or l'article 760 prévoit une prescription quinquennale pour toutes les actions dirigées contre les fondateurs. Dans la mesure où le préposé au registre du commerce peut être considéré comme un fondateur au sens large du terme, une action dirigée contre lui, à la suite d'une faute commise à l'occasion de l'inscription d'une fondation qualifiée, se prescrira-t-elle par un an ou par cinq ans ? A première vue, on serait tenté de donner la préférence à la prescription quinquennale de l'art. 760. Cette disposition introduisant une prescription spéciale pour toutes les actions en responsabilité intentées contre les fondateurs, il pourrait paraître choquant que le préposé au registre du commerce, considéré comme fondateur, puisse échapper à sa responsabilité en se mettant au bénéfice d'une prescription dont le législateur a précisément voulu exclure l'application. A l'examen cependant, la prescription de cinq ans doit être écartée au profit de la prescription d'un an.

Le préposé est un fonctionnaire dont le statut et la responsabilité relèvent du droit public, en l'espèce du droit public cantonal, puisque ce sont les cantons qui tiennent le registre du commerce et en nomment les fonctionnaires. Si la loi n'avait contenu aucune disposition réglant la responsabilité du préposé au registre du commerce, il aurait appartenu aux cantons de légiférer sur ce point. La responsabilité du préposé eût été régie alors par le droit cantonal, par le droit fédéral valant droit

¹ Dans un arrêt GERBER c/ CANTON DE LUCERNE ET CONSORTS, A.T.F. 51 II 392; *J.T.* 1926, p. 137, le Tribunal fédéral a jugé que la prescription d'un an frappe non seulement les actions fondées sur les dispositions figurant dans le chapitre du C.O. relatif aux obligations résultant d'un acte illicite, mais également les actions analogues fondées sur d'autres dispositions légales. Il s'agissait, dans l'espèce citée, d'une action fondée sur l'art. 955 C.C.S., lequel statue la responsabilité des cantons pour le dommage résultant de la tenue du registre foncier. Dans un cas de ce genre, déclare le Tribunal fédéral, il s'agit de la violation d'un droit protégé par la loi, qui ne résulte pas d'un contrat, mais de la loi.

cantonal supplétif, ou enfin par le droit fédéral comme tel, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral que nous venons de rappeler ci-dessus à propos de la responsabilité de l'officier public.

Lors de la discussion parlementaire du projet de revision des titres XXVI et suivants, le Conseil national, à la demande du Département fédéral de justice et police, introduisit dans le titre XXX la disposition qui est devenue l'art. 928, en donnant volontairement à cette règle une forme identique à celle de l'article 42 C.C.S. qui régit la responsabilité des officiers de l'état civil et de leurs autorités de surveillance immédiate. Sans méconnaître que la responsabilité des fonctionnaires relevait « principalement » du droit public et celle du préposé au registre du commerce singulièrement du droit cantonal, la Commission du Conseil national exprima l'avis que cela n'empêchait pas la loi civile de régir cette responsabilité ¹. Comme cela avait été le cas déjà pour la responsabilité des officiers de l'état civil et de leurs autorités de surveillance, les Chambres craignirent que, faute de disposition expresse de droit fédéral, la responsabilité du préposé au registre du commerce et des autorités de surveillance immédiate ne fût réglée d'une manière trop restrictive par les cantons. En fait la plupart des cantons limitent la responsabilité de leurs fonctionnaires aux conséquences de la faute grave. D'autre part et sans les art. 42, 3^e al. C.C.S. et 928, 3^e al. C.O. les cantons eussent échappé eux-mêmes à toute responsabilité, même subsidiaire, puisque, en général, le droit cantonal exclut toute responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par ses fonctionnaires ². Les intérêts que la tenue des registres publics peut mettre en cause paraissaient ainsi insuffisamment protégés.

Dès lors, au lieu d'être régie par le droit commun cantonal ou fédéral, la responsabilité du préposé au registre du commerce tombe sous le coup de la règle spéciale de l'art. 928. Dans les limites de son champ d'application, l'art. 928 règle exhaustivement la responsabilité des organes du registre du commerce. On ne saurait donc soumettre le préposé, dans la mesure où il peut être considéré comme un fondateur, aux prescriptions

¹ *Bull. stén.* 1934 C.N., p. 789.

² EGGER, *Personenrecht*, n. 1 ad art. 42.

générales édictées sur la responsabilité de *toutes* les personnes qui coopèrent à la fondation. La règle spéciale de l'art. 928 déroge aux règles générales des articles 753 et suivants. L'action contre le préposé se prescrira donc par un acte en vertu de l'art. 60 C.O.

On pourrait répondre sans doute que si le législateur a pris le soin de soumettre les actions contre les personnes ayant coopéré à la fondation à une prescription spéciale de cinq ans, il y a lieu d'en faire application même pour les actions dirigées contre le préposé au registre du commerce, la prescription ordinaire d'un an ne valant qu'à défaut de dispositions contraires. Cet argument devrait être retenu si en fait la coopération du préposé au registre du commerce à la fondation était matériellement déterminante. Nous avons vu que ses pouvoirs d'investigation étaient restreints et qu'on ne pouvait attendre de lui qu'il exerce un contrôle efficace sur les opérations de la fondation, en dehors de l'examen des conditions formelles de l'inscription. On peut donc le laisser au bénéfice de la prescription annale sans craindre de méconnaître l'esprit dans lequel le législateur a réglé la responsabilité des fondateurs.

Au demeurant, cette controverse sur la règle à appliquer à la responsabilité du préposé n'aurait guère qu'un intérêt théorique, tant les actions en responsabilité contre le préposé au registre du commerce sont rares — aussi bien en raison du contrôle exercé sur les inscriptions par l'Office fédéral du registre du commerce qu'en raison de l'influence très limitée que le préposé est en mesure d'exercer sur la fondation —, si on ne devait comparer la réglementation spéciale de la responsabilité du préposé au registre du commerce, au silence que la loi observe sur la responsabilité de l'officier public. Lorsque le droit cantonal limite à la faute grave la responsabilité de l'officier public, on ne saurait invoquer la force dérogatoire du droit fédéral et soumettre purement et simplement la responsabilité de l'officier public à l'art. 753. Si le législateur l'avait voulu, il aurait réglementé la responsabilité de l'officier public comme il a pris le soin de le faire pour celle du préposé au registre du commerce. Son silence signifie vraisemblablement qu'il a entendu laisser au droit cantonal l'entière liberté de statuer souverainement sur

la responsabilité de l'officier public. On sera donc obligé de respecter les règles du droit cantonal, même si ce droit exclut toute responsabilité pour la faute légère ¹.

53. CAS SPÉCIAUX. — a) *L'actionnaire effectuant un apport en nature revêt-il la qualité de fondateur ?* Les auteurs sont partagés. A. WIELAND écrit que celui qui « vend » une chose à la société et reçoit en échange des actions sans s'occuper en aucune manière de la fondation, n'est pas un fondateur et n'encourt aucune responsabilité particulière, même si l'apport n'est pas mentionné dans les statuts ². WILDI, plus nuancé, ne résout pas la question *a priori*, mais propose le critère de « l'intention de fonder » ³. Pour HERY, l'apporteur est toujours fondateur ⁴.

C'est à ce dernier avis que nous nous rangeons. Il est bien difficile de concevoir que l'actionnaire qui fait un apport en nature « ne s'occupe en aucune manière de la fondation ». Le bon sens lui-même indique que le fondateur le plus actif, celui-là même qui aura conçu l'idée de la fondation et qui mettra toute son activité à la réaliser et à réunir les fonds et les concours nécessaires, sera bien celui qui cherche à tirer parti des entre-

¹ Un arrêt récent, X. c/ P. (A.T.F. 70 II 221) confirme cette opinion. Le Tribunal fédéral a jugé dans cet arrêt qu'« une disposition cantonale sera notamment contraire au droit civil fédéral lorsque le législateur a entendu exclure complètement l'application des règles cantonales à une matière déterminée, ces règles fussent-elles de droit public ». Cet arrêt s'appuie sur divers arrêts antérieurs, où le Tribunal fédéral, amené à examiner la validité d'une réglementation cantonale du courtage immobilier, d'une loi cantonale donnant force légale obligatoire aux contrats collectifs de travail et d'un projet de loi cantonale sur le désendettement immobilier, avait jugé que le droit fédéral réglait exhaustivement la forme du contrat de courtage et la rétribution du courtier, la portée du contrat collectif de travail, de même que la poursuite pour dettes et la faillite, sauf réserves expresses en faveur du droit cantonal. (Arrêt ASSOCIATION FRIBOURGEOISE DES AGENTS IMMOBILIERS c/ CONSEIL D'ETAT DE FRIBOURG, A.T.F. 65 I 65 s.; arrêt FÉDÉRATION DES OUVRIERS DU BOIS ET DU BATIMENT c/ CONSEIL D'ETAT DE GENÈVE, A.T.F. 64 I 16 s.; arrêt SOLOTHURNISCHER SCHULDNER- UND BÜRGENVERBAND c/ KANTONSRAT SOLOTHURN, A.T.F. 63 I 167 s.). — La comparaison de l'art. 928, réglant la responsabilité du préposé au registre du commerce et des autorités de surveillance immobilière, laquelle relève normalement du droit cantonal, avec le silence de la loi sur la responsabilité des notaires, qui relève également du droit cantonal, établit que le législateur n'a pas voulu enlever aux cantons la compétence de régler eux-mêmes la responsabilité de leurs notaires.

² Z.S.R. 42, p. 48a.

³ WILDI, p. 111.

⁴ HERY, p. 94.

prises, des immeubles, des titres qu'il apporte à la société en formation. Dans la grande majorité des fondations qualifiées, la société se fonde pour exploiter les biens faisant l'objet de l'apport en nature. Il est rare et même difficile à concevoir que ce puisse être le contraire, que parmi les personnes que les fondateurs ont réussi à gagner à leurs idées il s'en trouve une par hasard qui soit précisément en mesure de fournir à la société, sous forme d'apports en nature, des biens dont elle pourra se servir.

b) *S'agissant de la reprise de biens*, les mêmes auteurs que nous avons vu décerner la qualité de fondateur à l'auteur de l'apport en nature, la refusent au vendeur qui cède des biens à la société moyennant une contre-prestation en espèces¹. Encore que le vendeur soit un tiers à l'égard de la société, au moins en apparence, et que ses rapports avec elle prennent fin dès la reprise de biens exécutée, la reprise de biens ne joue pas moins un rôle assez important dans la fondation pour que le législateur ait jugé nécessaire d'en exiger l'indication dans les statuts. On conçoit difficilement que la société acquière des biens appartenant à une personne avec laquelle ni elle-même ni les fondateurs ne sont en relations. Au surplus, l'opération sera nécessairement préparée par des pourparlers où seront discutées tant la reprise que la fondation, les deux questions étant trop liées pour qu'on puisse les régler séparément. En un mot, il paraît bien difficile de ne pas compter le vendeur parmi les personnes qui ont coopéré à la fondation.

c) *Le bénéficiaire d'un avantage particulier*, en revanche, aura exercé, plus fréquemment que l'apporteur en nature ou le vendeur, une activité sans influence directe sur la fondation. En elle-même, l'acceptation d'un avantage particulier est de moindre conséquence pour l'intégrité du capital social qu'un apport en nature ou qu'une reprise de biens. Le seul fait d'accepter un avantage, même qualifié d'avantage de fondateur, ne suffira pas par lui-même à donner la qualité de fondateur au bénéficiaire de cet avantage².

¹ WILDI, p. 111; HERY, note 37 à p. 94.

² Opinion contraire : BACHMANN, n. 8 ad art. 671.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE IX

LES IRRÉGULARITÉS

54. — Nous savons que la surévaluation d'apports en nature équivaut soit à une émission au-dessous du pair, soit à une souscription non intégrale du capital, soit encore à une libération insuffisante des montants souscrits ¹. Nous savons, d'autre part, que la reprise de biens, opération licite en elle-même, peut fournir aux fondateurs le moyen d'éviter à la fois les formalités d'une fondation avec apports en nature et la nécessité de réunir les fonds à verser. Quant aux avantages particuliers, encore qu'ils ne puissent guère porter directement une atteinte grave au principe de la réalité du capital social, ils sont cependant de nature à léser société, actionnaires et créanciers, s'ils imposent à la société des charges trop lourdes.

Il convient d'examiner maintenant les conditions dont la loi fait dépendre la mise en œuvre de la responsabilité des fondateurs.

L'art. 753 répartit en trois séries les infractions aux dispositions sur la fondation qualifiée. L'art. 753, ch. 1 vise la définition inexacte ou incomplète des apports, reprises et avantages dans les statuts ou dans le rapport des fondateurs, de même que tout autre agissement illégal « lors de l'approbation d'une semblable mesure ». L'art. 753, ch. 2 traite de l'inscription au registre du commerce sur la base de documents renfermant des attestations inexactes. L'art. 753, ch. 3 enfin réprime l'acceptation consciente de souscriptions émanant de personnes insolvable.

¹ HUBER, p. 111.

SOUS-CHAPITRE I. L'ART. 753, CH. 1

55. L'IMPRÉCISION DE LA FORMULE DE L'ART. 753, CH. 1. — Aux termes de l'art. 753, ch. 1, la responsabilité des fondateurs est engagée lorsqu'ils ont concouru à « définir d'une manière inexacte ou incomplète, à dissimuler ou à déguiser des apports, reprises et avantages ». Cette rédaction n'est pas très heureuse. Le législateur s'est visiblement efforcé d'élaborer une formule applicable aux cas les plus divers. Son énumération est cependant insuffisante et les termes mêmes de cette énumération impropres. Il eût été plus simple de statuer la responsabilité des fondateurs pour les *indications inexactes ou incomplètes données par les statuts ou le rapport des fondateurs sur les apports, les reprises et les avantages*. Les indications que doivent contenir les statuts et le rapport des fondateurs sont déterminées avec toute la précision nécessaire aux art. 628 et 630. Il convenait soit de les répéter à l'art. 753, soit de les remplacer par un texte se référant aux art. 628 et 630. Au lieu d'adopter cette solution simple, la loi emploie des termes qui s'ajustent mal à la situation à laquelle ils s'appliquent. On a peine à comprendre, par exemple, ce qu'il faut entendre par définition inexacte ou incomplète. En ce qui concerne l'apport en nature et aux termes de l'art. 628, les statuts doivent indiquer l'objet de l'apport, sa valeur et le prix pour lequel il est accepté, ainsi que la personne de l'apporteur et le nombre des actions qui lui reviennent. Probablement faut-il admettre que la « définition » de l'apport contient les cinq éléments prévus par l'art. 628; mais cela ne va pas de soi et une simple lecture de l'art. 753, ch. 1 ne permet pas de s'en rendre compte.

On peut se demander, d'autre part, ce que les termes de « dissimuler » ou de « déguiser » ajoutent à la « définition inexacte ou incomplète ». Comment déguise-t-on une reprise de biens, comment la dissimule-t-on, sinon en donnant des indications inexactes ou incomplètes ? La loi a-t-elle voulu faire comprendre qu'elle poursuivait non seulement les définitions inexactes ou incomplètes, mais également l'absence totale de définition ? Il était, semble-t-il, superflu de le préciser. Si la formule de l'art.

753, ch. 1 ne permet pas de saisir immédiatement quelles sont les omissions ou les inexactitudes qui engagent la responsabilité des fondateurs, elle peut, enfin, induire en erreur en laissant supposer que les statuts ou le rapport des fondateurs doivent indiquer non seulement les éléments imposés par les art. 628 et 630, mais contenir de plus une sorte de description des apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers. Tel n'est pas le cas.

Sur la base des art. 628 et 630, nous allons rechercher en quoi consiste la définition inexacte ou incomplète ou l'action de dissimuler ou de déguiser apports, reprises⁶ et avantages.

Cet examen portera d'abord sur les indications à donner dans les statuts. Nous verrons ensuite ce que doit contenir le rapport des fondateurs et les questions spéciales soulevées par la fondation simultanée. Nous terminerons ce sous-chapitre en recherchant ce qu'il faut entendre par les « autres agissements illégaux » lors de l'approbation des apports, reprises ou avantages au sens de l'art. 753, ch. 1.

Première section : LES INDICATIONS DES STATUTS

§ 1. *L'apport en nature.*

56. L'OMISSION DE TOUTE INDICATION. — Les statuts doivent indiquer l'objet de l'apport, sa valeur, le prix pour lequel il est accepté, le nom de l'apporteur et le nombre des actions qu'il reçoit.

Ces indications peuvent faire défaut totalement ou partiellement. En d'autres termes, les fondateurs peuvent omettre purement et simplement de mentionner dans les statuts que tout ou partie du capital social sera constitué au moyen d'apports en nature. Ils peuvent, d'autre part, se borner à donner des indications inexactes sur l'un ou l'autre des points fixés par la loi, le plus souvent sur la valeur de l'apport, le prix pour lequel il est accepté ou la personne de l'apporteur.

Si les statuts passent complètement sous silence les apports en nature, la fondation offre l'aspect d'une fondation ordinaire. Les actionnaires verseront en espèces le minimum exigé par la loi

ou par les statuts pour chaque souscription. Ces versements seront déposés auprès de l'Office de consignation et la société inscrite au registre du commerce. La société ayant ainsi acquis la personnalité juridique, elle « achètera » à un ou plusieurs actionnaires tel bien en nature dont on compensera le prix avec l'obligation de libérer le solde dû sur les souscriptions. Cette opération qu'on appelle la fondation postérieure fera l'objet d'un chapitre spécial.

Reste la deuxième éventualité, celle des indications simplement inexactes ou incomplètes.

57. LES INDICATIONS INEXACTES OU INCOMPLÈTES. — Il sera sans doute rare que *l'objet de l'apport* lui-même soit mentionné inexactement ou incomplètement; plus précisément, une indication inexacte ou incomplète sur cet objet n'aura d'importance qu'à mesure qu'elle s'accompagnera d'une évaluation surfaite. Quoi qu'il en soit, les statuts devront contenir sur ce point toutes les précisions nécessaires pour que les actionnaires et les créanciers, par l'intermédiaire du registre du commerce, soient suffisamment renseignés; on sait que dans les cas où l'apport en nature consiste en un complexe de biens, une entreprise avec actif et passif par exemple, il suffit que les statuts se réfèrent à l'inventaire qu'on leur annexera ¹.

L'évaluation, en revanche, et les indications qu'elle détermine, soit la valeur de l'apport, le prix pour lequel il est accepté et le nombre des actions remises à l'apporteur, pourront donner lieu à de graves irrégularités. Les statuts doivent indiquer, par un chiffre précis, la valeur attribuée aux apports en nature ². L'évaluation des apports peut présenter des difficultés considérables. L'objet de l'apport ne consistera pas toujours en immeubles, en titres ou autres valeurs patrimoniales, dont il est relativement facile de fixer le prix. Comme le relevait le conseiller

¹ VON STEIGER, *Prüfung*, p. 26; voir aussi pour le Code de 1911, les *Principes*, et pour le Code de 1937, la circulaire de l'Office fédéral du registre du commerce du 20 août 1937, ch. 22.

² La valeur nominale des actions doit être libellée en francs suisses (décision du Département fédéral de justice et police du 2 février 1921, *Z.B.J.V.* 58, p. 283). Ce principe vaut naturellement pour l'indication dans les statuts de la valeur attribuée aux apports et aux reprises.

national WETTER lors de la discussion parlementaire du projet de revision, il est souvent impossible, au moment de la fondation de fixer, même approximativement, la valeur de l'objet de l'apport, s'il s'agit par exemple de brevets, de licences, de procédés de fabrication ou de concessions¹. On sait que le Projet I prévoyait, pour la fondation successive, qu'à la demande du dixième des actionnaires, les fondateurs devaient faire évaluer les biens apportés ou repris par une commission d'experts neutres. Cette disposition n'a heureusement pas été reprise par le Projet II. Outre qu'elle était d'avance dépourvue de toute efficacité à mesure qu'elle ne visait que la fondation successive, WIELAND remarque qu'on ne voit pas comment les fondateurs auraient pu trouver des experts à la fois *compétents*, et possédant les connaissances spéciales nécessaires pour se prononcer sur une question aussi délicate, et *neutres*, c'est-à-dire n'ayant ni intérêts opposés, ni intérêts parallèles à ceux des fondateurs². Quoi qu'il en soit et bien que la valeur de l'apport soit fixée par les fondateurs eux-mêmes, le législateur semble n'avoir pas pu se résoudre à renoncer entièrement à l'idée d'un contrôle de l'évaluation. L'examen par des experts s'étant révélé impossible à imposer, la loi a tenté d'y substituer l'examen par les actionnaires eux-mêmes. Le texte allemand de l'art. 628, 1^{er} al. est en effet plus exigeant que le texte français. Alors que ce dernier impose l'indication de l'objet de l'apport et de sa *valeur*, à teneur du texte allemand les statuts doivent indiquer l'objet de l'apport et son *évaluation* (« *Bewertung* »)³. Ainsi une simple indication numérique ne suffirait pas. Les statuts devraient renseigner sur la base et les éléments de l'évaluation⁴. Ces renseignements seront nécessairement sommaires. Les statuts ne doivent pas perdre leur caractère normatif pour devenir un inventaire ou un prospectus. D'autre part, le rapport des fondateurs est là précisément pour fournir des indications qui n'ont que faire dans les statuts. Cependant, lorsque la valeur de l'apport n'est pas relativement aisée à déterminer, les fondateurs feront bien de déga-

¹ Bull. stén. 1934, C.N., p. 274.

² A. WIELAND, Z.S.R. 42, p. 42a.

³ Chose curieuse, l'indication de la *Bewertung* n'est exigée que pour l'apport en nature et non pas pour la reprise de biens.

⁴ HUBER, p. 79.

ger leur responsabilité en faisant expertiser les biens apportés et en se référant dans les statuts au rapport de l'expert.

Quant au *prix* pour lequel l'apport est accepté et au *nombre des actions* attribuées à l'apporteur, les indications données par les statuts sur ce point dépendront étroitement de la valeur attribuée à l'apport; elles ne pourront pas être mensongères par elles-mêmes. On ne voit pas en effet comment l'apporteur pourrait recevoir 30 actions par exemple, alors que les statuts ne lui en reconnaissent que 20.

La *personne* de l'apporteur doit être indiquée dans les statuts. Encore qu'une indication inexacte sur ce point ne soit pas de nature à donner une fausse image de la composition du patrimoine social, il n'est cependant pas sans importance que le public et les souscripteurs soient renseignés sur le nom du ou des apporteurs. Comme l'écrit FÉLICE, le nom de l'apporteur contribue à « donner la physionomie de l'affaire dans son ensemble »¹. Il n'est pas sans importance pour le souscripteur ou pour le créancier de savoir que tel apport en nature émane de telle personne et on peut penser que le crédit ou la réputation de l'apporteur contribuera à permettre aux intéressés de se faire une idée du sérieux de la fondation. Si, dans la crainte que son nom n'inspire pas confiance au public, tel apporteur cédait à un homme de paille l'objet de l'apport avec mandat d'en faire apport sous son nom à lui, il est clair que cette manœuvre constituerait une violation de l'art. 628, 1^{er} al. dans la mesure où elle empêche les formalités imposées par la loi de donner une image exacte de la fondation². Aussi bien, le seul fait qu'un fondateur recoure à un homme de paille pour éviter que son nom ou sa nationalité ne parvienne à la connaissance du public éclaire l'opération d'un jour un peu suspect. On ne dissimule pas son identité ou l'origine de l'apport par simple modestie. Dans la grande majorité des cas, une indication inexacte sur le nom de l'auteur réel de l'apport recouvrira une irrégularité quelconque. Il conviendra cependant d'apprécier *in concreto* si la seule dissimulation du nom de l'apporteur est en relation de cause à effet avec le dommage.

¹ Z.S.R., 42, p. 215a.

² WEHRLI, p. 90; SIEGWART, n. 33 ad art. 628.

§ 2. *La reprise de biens.*

58. — Les statuts doivent contenir des indications analogues à celles qui sont exigées pour les apports en nature. Ils mentionneront l'objet de la reprise de biens, le nom de l'actionnaire ou du tiers qui contractent avec la société et la prestation de la société, laquelle consistera, bien entendu, non pas en actions, mais le plus souvent en espèces.

Comme c'est le cas pour l'apport en nature, l'irrégularité consistera soit dans l'omission complète des indications exigées par la loi, soit dans le fait de donner des indications inexactes ou incomplètes.

Nous pouvons nous reporter purement et simplement à ce qui vient d'être dit au paragraphe précédent.

§ 3. *La condition des irrégularités.*

59. LES IRRÉGULARITÉS DESTINÉES A DISSIMULER LA SURÉVALUATION. — Nous avons vu que les fondateurs engageaient leur responsabilité soit en omettant complètement les indications relatives aux apports en nature et reprises de biens — éventualité que nous examinerons en traitant de la fondation postérieure — soit en donnant des indications inexactes ou incomplètes. Dans le premier cas, les statuts ne font pas mention des apports ou des reprises. Dans le second, ils en font mention, mais ils en donnent une image mensongère. Le plus souvent la fraude portera essentiellement sur la valeur attribuée à l'apport; le cas échéant la surévaluation sera complétée par des indications inexactes sur l'objet de l'apport ou par la dissimulation de l'identité de l'apporteur; mais des indications inexactes sur l'objet de l'apport ou la personne de l'apporteur ne pourront guère avoir d'autre but que de faciliter l'attribution d'une valeur exagérée à l'apport.

La définition inexacte ou incomplète en effet n'a pas d'utilité en elle-même. Si la fondation ne donne lieu à aucune critique par ailleurs, il importe peu que l'apport émane de X ou de Y et que cet apport consiste en 100 actions de la société A ou en 100 actions de la société B pour autant que les actions A et les actions B puissent servir, dans la même mesure, à atteindre le

but social. Les formalités spéciales imposées pour toute fondation qualifiée entraînent sans doute une certaine complication dans les opérations de la fondation, mais cette complication n'est pas d'une gravité telle, elle ne provoque pas de tels retards ou de tels frais qu'elle puisse justifier à elle seule la décision toujours hasardeuse de passer outre aux prescriptions de la loi. En un mot, on ne voit pas quel intérêt pourrait pousser les fondateurs à dissimuler totalement apports et reprises, ou à donner des indications inexactes sur ces opérations en dehors de la nécessité de dissimuler une surévaluation. Ainsi, dans la très grande majorité des cas, la dissimulation totale des apports ou des reprises ou la définition inexacte ou incomplète sera commandée par le désir de masquer une surévaluation ¹.

60. LA SURÉVALUATION SUPPOSE UNE FAUTE. — Il faut connaître ou avoir pu ou dû connaître la valeur exacte d'une chose pour lui accorder une valeur surfaite. La surévaluation d'un apport ou d'une reprise suppose ainsi une intention coupable chez son ou ses auteurs principaux et à tout le moins une négligence chez les autres fondateurs qui, sans être les principaux artisans de l'opération, auraient dû s'apercevoir que la valeur attribuée à l'objet de l'apport ou de la reprise était excessive. Que la surévaluation procède d'une intention dirigée ou d'une légèreté coupable, elle exclut la bonne foi chez ses auteurs et leurs complices. Il y aura lieu cependant de tenir compte des difficultés que présente toute évaluation et de la part d'arbitraire qu'elle comporte nécessairement. SIEGWART croit pouvoir en déduire que seule une surévaluation consciente, ou résultant d'une négligence grave, engagera la responsabilité des fondations ². Cette opinion ne nous paraît pas compatible

¹ On peut sans doute supposer que l'omission des indications imposées par la loi ou le fait de donner des indications inexactes ou incomplètes soit simplement destiné à empêcher des entreprises concurrentes de connaître la structure véritable d'une société en formation. Cependant, le registre du commerce ne constitue pas la seule source de renseignements où il soit possible de s'informer sur une société nouvellement fondée. Des statuts volontairement inexacts et l'inscription qui en résultera ne suffiront pas le plus souvent à empêcher les intéressés de se rendre compte, dans une certaine mesure, de la situation exacte, s'ils cherchent seulement à se renseigner sur le but réel de la société, ses moyens et les intérêts qu'elle recouvre.

² SIEGWART, n. 15 ad art. 628.

avec la lettre ni avec l'esprit de l'art. 753. Nous reprendrons la question ci-dessous en examinant le problème de la faute ¹.

Quoi qu'il en soit, il est clair que, dans le cas où, de bonne foi et sur la base d'un examen impartial et consciencieux, les fondateurs ont attribué à tel apport ou à telle reprise une valeur qui s'est révélée surfaite par la suite, on ne saurait les rendre responsables du dommage que leur erreur peut entraîner. Il faut se garder d'apprécier un état de fait sur la base d'événements survenus postérieurement ou d'éléments que les fondateurs ne pouvaient connaître. Seuls les faits connus à l'époque de la fondation peuvent être pris en considération ². Les spécialistes les plus compétents peuvent se faire une idée erronée des perspectives ouvertes à telle industrie, de la valeur de telle participation, de tel brevet ou de tel autre bien apporté. Une sévérité excessive à l'égard des évaluations des fondateurs est contre-indiquée si on ne veut pas augmenter les fondations postérieures et l'emploi d'hommes de paille.

61. OMISSION DE TOUTE INDICATION SANS SURÉVALUATION.
— Les fondateurs feront bien, cependant, de préparer l'avenir et de s'assurer, en vue d'un litige éventuel, des moyens de preuve suffisants pour dégager leur responsabilité. Plus les indications qu'ils donneront dans les statuts seront complètes et précises, mieux ils échapperont, s'ils sont de bonne foi, au risque de voir leur responsabilité engagée par une erreur d'évaluation. Ils pourront, d'autre part, opposer à une éventuelle action en responsabilité le fait que l'assemblée constitutive, si la fondation est successive, a ratifié implicitement leur évaluation en adoptant les statuts; si la fondation est simultanée, le fait que les actionnaires étaient parfaitement renseignés sur la structure du capital social; la même exception paralysera une action intentée par les créanciers renseignés par l'intermédiaire du registre du commerce. En revanche, si les statuts sont absolument muets sur les apports ou les reprises, les fondateurs éprouveront les plus grandes difficultés à se libérer, à supposer qu'ils soient de bonne foi. Société, actionnaires et créanciers, en effet, auront

¹ Nos 101-103.

² Sur l'appréciation *a posteriori*, voir HENGGELER, p. 36.

beau jeu, dans un cas semblable, de prétendre que si les statuts avaient mentionné les apports ou les reprises et leur valeur, ils auraient été en mesure de prendre leurs précautions et de s'assurer que les évaluations n'étaient pas excessives. Les fondateurs, de leur côté, auront grand'peine à expliquer les motifs pour lesquels ils ont contrevenu aux dispositions légales, et à rendre ces motifs vraisemblables. Ils n'arriveront guère à se libérer qu'en établissant qu'actionnaires ou créanciers ont connu ou auraient pu ou dû connaître la présence d'apports en nature ou de reprises de biens et la valeur qui leur a été attribuée. Dans une telle éventualité en effet, comme nous le verrons ci-dessous, il ne saurait y avoir de rapport de causalité entre l'omission des indications et le dommage subi.

Si l'omission de toute indication rend singulièrement précaire la situation des fondateurs, quelle que puisse être leur bonne foi, on ne saurait cependant prétendre que la dissimulation prise en elle-même et en dehors de toute surévaluation, engage la responsabilité des fondateurs¹. La responsabilité des fondateurs ne peut être considérée comme une sanction pénale frappant automatiquement toute infraction aux dispositions légales. L'art. 753 impose seulement l'obligation de réparer le dommage causé. Si la dissimulation n'a pas eu pour but de dissimuler une surévaluation, on ne voit pas de quel dommage les fondateurs seraient responsables.

Peut-on en déduire que si les fondateurs sont de bonne foi, leur situation, dans le cas de l'omission complète des indications exigées par la loi, ne sera pas aussi difficile que nous venons de le dire ? Il ne le paraît pas. Il est souvent délicat, dans une espèce donnée, de déterminer avec exactitude l'origine exacte du dommage. L'appréciation du rapport de causalité est difficile et les tribunaux ne résistent pas toujours à la tentation de trancher *ex aequo et bono* au lieu de juger sur la base du droit strict. Il est indiscutable qu'entre des fondateurs auxquels on peut reprocher une infraction manifeste aux dispositions légales et un actionnaire ou un créancier qui réclame réparation du dommage qu'il a subi, la balance penchera le plus souvent en faveur

¹ Opinion contraire : SIEGWART, n. 15 ad art. 628.

de la prétendue victime, même si le rapport de causalité entre le dommage et l'omission n'est pas rigoureusement établi.

Ces considérations ne sauraient rien changer cependant au fait que la dissimulation à elle seule n'engage pas la responsabilité des fondateurs : plus exactement, l'omission de toute indication, comme le fait de donner des indications incomplètes ou inexactes, est une faute, mais une faute qui doit rester sans conséquence si les fondateurs sont de bonne foi et n'ont pas cherché à celer une surévaluation.

62. « SURÉVALUATION SANS DISSIMULATION. » — Nous avons vu ci-dessus que la surévaluation supposait soit une intention coupable, soit une négligence grave. Elle nous paraît également inséparable d'indications inexactes portées dans les statuts ou de l'omission complète de ces indications. Tel n'est pas l'avis de SIEGWART. Pour cet auteur, le fait que le capital n'est pas entièrement couvert, conséquence de l'attribution aux apports d'une valeur surfaite, engage à lui seul la responsabilité des fondateurs sans qu'une dissimulation soit nécessaire¹. Il est difficile de saisir le sens exact de cette opinion. De deux choses l'une, en effet ; ou bien les fondateurs connaissent ou doivent connaître la valeur exacte de l'apport et indiquent ou laissent indiquer dans les statuts une valeur plus élevée, et la surévaluation est dissimulée ; ou bien ils indiquent la valeur qu'ils donnent de bonne foi, à l'apport ou à la reprise, valeur qui se révélera par la suite surfaite. Dans l'une ou l'autre de ces éventualités, le capital social est en fait non couvert par les apports ; mais si dans le premier cas la surévaluation est coupable, il n'y a dans le second cas qu'une surévaluation involontaire, ignorée des fondateurs eux-mêmes, qui ne se révélera qu'après coup, et on ne peut accuser les fondateurs d'avoir dissimulé la valeur réelle des apports et des reprises, puisque sans leur faute ils ignorent qu'elle est en fait inférieure à celle qu'ils leur attribuent. Nous avons déjà vu ci-dessus que la responsabilité des fondateurs n'était pas une responsabilité causale, soit une responsabilité à raison de la fondation elle-même, mais bien une responsabilité

¹ SIEGWART, n. 13 ad art. 628 : « (Die Ueberbewertung) ist..., schon an sich und nicht erst wenn sie verheimlicht wird, verboten... und macht verantwortlich... »

à raison de la faute commise intentionnellement ou par négligence. Les dispositions des art. 752 et suivants, qui règlent la responsabilité dans le droit de la société anonyme, ne permettent aucun doute à cet égard. Le fait d'attribuer de bonne foi une valeur trop élevée à un apport ou à une reprise constitue en quelque sorte une surévaluation involontaire et inconsciente, laquelle ne aurait engager la responsabilité des fondateurs. Les fondateurs ne répondent en effet que des conséquences de leur faute ou de leur négligence. Ou bien faut-il entendre que la surévaluation sans dissimulation dont parle SIEGWART est une surévaluation expresse, déclarée, mentionnée dans les statuts ? L'idée même est absurde. On ne conçoit pas qu'une société, dont les statuts déclareraient que le capital social a été constitué au moyen d'apports valant par exemple 500.000 francs mais acceptés pour 1.000.000 de francs, pourrait être inscrite au registre du commerce. Une telle déclaration équivaldrait en effet à l'aveu que le capital social n'est pas entièrement souscrit.

En un mot, on ne peut se rallier à l'avis exprimé par SIEGWART. La surévaluation est *techniquement* inséparable de la dissimulation. On ne peut concevoir, par conséquent, que la responsabilité des fondateurs soit engagée par une couverture incomplète du capital social, si le découvert n'a pas été dissimulé par des indications incomplètes, inexactes ou faisant totalement défaut.

63. RÉSUMÉ. — Qu'il s'agisse d'apports en nature ou de reprises de biens, la responsabilité des fondateurs sera engagée soit par une omission complète des indications exigées par la loi, soit par le fait de donner des indications inexactes ou incomplètes. Omission ou indications insuffisantes n'auront guère d'autre but que de dissimuler une surévaluation des apports et des reprises. Cette surévaluation suppose une intention coupable ou en tout cas une négligence chez les fondateurs. Techniquement inséparable de la dissimulation, la surévaluation constitue à elle seule la cause du dommage. La dissimulation sans surévaluation doit dès lors rester sans conséquence pour la responsabilité des fondateurs.

§ 4. *L'avantage particulier.*

A teneur de l'art. 753, ch. 1, les indications inexactes données sur les avantages particuliers engagent la responsabilité des fondateurs dans la même mesure que la « définition inexacte ou incomplète » d'un apport en nature ou d'une reprise de biens.

64. LA DISSIMULATION DIFFICILE DES AVANTAGES PARTICULIERS. — Si on se reporte à l'art. 628, 3^e al. on constate que les statuts doivent indiquer le nom des bénéficiaires des avantages particuliers et déterminer exactement l'étendue et la valeur de ces avantages. L'indication numérique de la valeur de l'avantage particulier n'est possible évidemment que lorsque l'avantage consiste en une prestation quantitativement déterminée; lorsque tel n'est pas le cas, la valeur de l'avantage particulier ne pourra être fixée que d'une manière approximative. L'étendue et la nature de l'avantage devront, en conséquence, être définis avec d'autant plus de précision. S'agissant de l'indication du nom du bénéficiaire, elle aura la même importance que dans le cas de l'apport ou de la reprise ¹.

Tant pour l'apport en nature que pour la reprise de biens, nous avons signalé que la surévaluation pouvait être dissimulée soit par une omission complète des indications exigées par la loi, soit par des indications insuffisantes. En ce qui concerne l'avantage particulier, le problème se pose d'une manière différente. Selon sa nature ou sa forme, l'avantage particulier sera moins facile à dissimuler qu'un apport en nature ou une reprise de biens.

65. a) PARTS DE FONDATEUR ET BONS DE JOUISSANCE. — Si l'avantage consiste dans la remise au bénéficiaire de parts de fondateurs ou de bons de jouissance, les statuts contiendront par définition les dispositions nécessaires à la création de ces titres. Convientra-t-il en outre de préciser à qui ils ont été remis, en indiquant pour chacun des porteurs le nombre exact des titres qu'il a reçus ? L'art. 628, 3^e al. l'exige. On pourrait penser au premier abord que le nom du bénéficiaire de l'avantage et le nombre exact des titres qu'il a reçus n'ont, pour l'ac-

¹ Voir n° 57 *in fine* ci-dessus.

tionnaire et pour le créancier, qu'un intérêt relatif, étant admis que le nombre total des bons de jouissance et les droits qu'ils confèrent leur sont connus. Il sera cependant rarement indifférent aux actionnaires et aux créanciers de connaître le nom des personnes dont l'activité pendant la fondation a justifié une récompense spéciale. D'autre part, les parts de fondateurs peuvent ne pas conférer à leurs porteurs qu'un droit de créance (parts de bénéfice ou parts de liquidation). Elles peuvent leur attribuer un droit préférentiel de souscription (art. 657, 4^e al.). Si tel est le cas, les porteurs de parts de fondateurs jouissent de droits de gestion au moins virtuels. Il est d'autant plus important pour les actionnaires de connaître le nom des fondateurs gratifiés de parts et le nombre de leurs parts. En d'autres termes, l'art. 628, 3^e al. ne fait nullement double emploi avec l'art. 627, ch. 9 — lequel énumérant les dispositions qui ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts, cite notamment l'émission d'actions de priorité, de bons de jouissance et de parts de fondateurs. Les statuts qui mentionnent nécessairement les parts de fondateurs et les bons de jouissance doivent, en outre, indiquer avec précision et conformément à la règle spéciale de l'art. 628, 3^e al. le nom des fondateurs qui ont reçu une ou plusieurs parts.

Si donc l'avantage consiste dans l'attribution de parts de fondateurs ou de bons de jouissance, il sera impossible de le dissimuler. Son étendue sera exactement déterminée par les statuts. Seul éventuellement le nom du bénéficiaire pourrait être omis. La question de savoir si une telle omission sera jamais de nature à causer un dommage aux actionnaires et aux créanciers peut demeurer ouverte.

b) PRESTATION UNIQUE EN NUMÉRAIRE. — Si l'avantage particulier consiste en une prestation unique en numéraire, la dissimulation totale sera, en revanche, possible. Il est en effet concevable que, sitôt la fondation achevée, les administrateurs sur qui les fondateurs se seront ménagé une influence suffisante accordent à telle ou telle personne ayant participé à la fondation une rémunération en espèces pour les services qu'elle a rendus ou l'activité qu'elle a déployée à l'occasion de la fondation. Nous avons dit qu'on pouvait qualifier d'avantage particulier une

telle rémunération si elle excédait ce que la société eût accordé à un tiers quelconque ¹. A la différence de l'attribution de bons de jouissance et de parts de fondateurs, un avantage revêtant cette forme peut parfaitement ne laisser aucune trace ni dans les statuts, ni même dans les comptes.

66. RÉSUMÉ. — Ainsi, ce n'est guère que dans le cas d'une prestation unique en numéraire que l'avantage particulier peut être totalement dissimulé. Dans les autres éventualités que nous avons envisagées, on peut tout au plus concevoir que les statuts donneront des indications imprécises ou trop peu détaillées. Mais il ne paraît pas possible que ces indications soient positivement inexactes. L'avantage particulier incorporé dans une part de fondateur ou dans un bon de jouissance n'a pas d'autre source que les statuts. A la différence de l'apport en nature ou de la reprise de biens dissimulés, qui prennent l'aspect d'un vulgaire contrat de vente, mais d'un contrat de vente existant, voulu par les parties et exécuté par elles, l'avantage particulier non mentionné dans les statuts n'a le plus souvent pas d'existence juridique et ne peut découler d'aucun acte auxiliaire. Cela réduit d'autant les possibilités de fraude.

Sans doute pourrait-on dire, comme SIEGWART, que la surévaluation d'un apport ou d'une reprise peut constituer un avantage particulier qui, à mesure qu'il est dissimulé, engage la responsabilité des fondateurs ². Mais il importe peu, en définitive, que les fondateurs qui ont dissimulé la surévaluation d'un apport ou d'une reprise, soient poursuivis de ce chef ou qu'ils le soient pour avoir dissimulé l'avantage qui résulte de cette surévaluation.

Deuxième section : LE RAPPORT DES FONDATEURS

67. LE RÔLE ET LE CONTENU DU RAPPORT DES FONDATEURS.
— Les statuts ne contiennent sur les apports en nature, les reprises de biens et les avantages particuliers que des indications relativement sommaires. Ces indications seront complétées,

¹ Voir n° 44 ci-dessus.

² SIEGWART, n. 71 ad art. 628.

dans la fondation successive, par un rapport rédigé par les fondateurs. Ce rapport, déposé à chaque domicile de souscription, est présumé déterminer la souscription¹. Il est censé fournir aux actionnaires des renseignements plus détaillés que ceux donnés par les statuts.

Aux termes de l'art. 630, 2^e al. le rapport des fondateurs contiendra en effet des « renseignements circonstanciés » sur la *nature* et l'*état* des apports ou reprises, ainsi que sur les *éléments de leur appréciation*, sur le *nombre des actions* remises en échange ou sur les autres prestations de la société, sur la *raison* des avantages accordés aux fondateurs et sur les *éléments de l'appréciation* de ces avantages.

L'art. 630 ne contient pas d'autre précision sur le contenu du rapport des fondateurs. Toute succincte qu'elle est, cette rédaction permet cependant de se rendre compte de l'étendue du rôle assigné par le législateur au rapport des fondateurs. Alors que les statuts ne doivent et ne peuvent contenir, sur les apports, reprises ou avantages, que des renseignements de fait, il ressort de l'art. 630, 2^e al. que dans l'esprit du législateur le rapport des fondateurs doit compléter ces simples indications numériques par une brève description de l'objet de l'apport ou de la reprise et par une sorte de jugement de valeur porté sur les biens apportés ou repris, ainsi que sur les services rendus par les bénéficiaires d'avantages particuliers. Si la formule employée par le texte français, qui parle des « éléments d'appréciation », pouvait laisser le moindre doute, le terme d'« *Angemessenheit* » employé par le texte allemand emporterait toute hésitation à cet égard.

Les renseignements relatifs à la nature et à l'état de l'objet de l'apport ou de la reprise varieront à l'extrême d'un cas à l'autre. Quant aux éléments d'appréciation, ils ne peuvent naturellement être que strictement économiques. Il va de soi qu'une appréciation plus subjective, qui tiendrait compte par exemple de la personne de l'apporteur ou du vendeur pour majorer la valeur attribuée à l'avantage ou à la reprise, se heurterait

¹ SCHUCANY, n. 7 ad art. 630 : « (Diese Bestimmung schafft) eine Vermutung dafür, dass die Zeichnung auf Grund des Gründerberichts erfolgt und dass dieser für die Zeichnung kausal gewesen ist. »

au principe de la réalité du capital social¹. Elle constituerait en fait une surévaluation dissimulée et elle engagerait la responsabilité des auteurs du rapport.

Il faut d'ailleurs se rendre compte que même s'ils sont purement économiques les éléments d'appréciation d'un apport, d'une reprise ou d'un avantage, peuvent recéler une surévaluation grave. L'appréciation de la valeur d'un apport, d'une reprise ou d'un avantage sera fréquemment fonction de conjectures sur les perspectives de développement d'une entreprise, sur la valeur d'un procédé de fabrication, d'un brevet, d'une participation, etc. Ces conjectures peuvent sans doute reposer sur des bases sérieuses. Elles peuvent aussi et non moins fréquemment être accompagnées ou provoquées par une publicité servant habilement les intérêts des fondateurs.

La loi exige sans doute que le rapport des fondateurs soit « circonstancié ». Il ne sera cependant pas difficile à des fondateurs dépourvus de scrupules de donner des détails suffisamment abondants sur leurs évaluations et de se référer à des documents apparemment dignes de foi, tout en majorant sciemment des apports, reprises et avantages. Les statistiques les plus complètes peuvent donner une image fausse des faits qu'elles prétendent éclairer et les experts les plus expérimentés ne sont pas infallibles. Ainsi un rapport des fondateurs, même « circonstancié » sera loin d'offrir à tout coup des garanties sérieuses aux actionnaires. Ces garanties sont d'autant plus illusoire qu'en fait le rapport des fondateurs est toujours conçu en termes trop vagues et trop généraux pour offrir une base suffisante à une action en responsabilité². Si enfin on se souvient que le rapport des fondateurs n'est exigé que pour la fondation successive et qu'en fait la fondation simultanée est devenue de loin la plus fréquente, on pourra conclure qu'il ne faut pas chercher grand secours dans l'institution consacrée par l'art. 630.

68. LES IRRÉGULARITÉS PROPRES AU RAPPORT DES FONDATEURS. — Le contenu et le rôle du rapport des fondateurs

¹ SIEGWART, n. 6 ad art. 630.

² A. WIELAND, *Z.S.R.* 41, p. 540 et 42, p. 40a. FÉLICE, *Z.S.R.* 42, p. 234a et LARDELLI, *S.J.Z.* 15, p. 146 sont également sceptiques sur la portée pratique du rapport des fondateurs.

ainsi précisés, il convient d'examiner en quoi peuvent consister les irrégularités dont il est capable. La première hypothèse qui vient à l'esprit, c'est l'absence complète du rapport des fondateurs. Il est cependant permis de penser qu'une telle éventualité restera du domaine de l'hypothèse. On ne voit pas, en effet, comment les fondateurs pourraient espérer obtenir l'inscription de la société au registre du commerce si, parmi les pièces qui doivent accompagner la réquisition, le rapport des fondateurs fait défaut.

Quant aux indications inexactes ou incomplètes que pourrait contenir le rapport, elles ne feront que refléter, en la grossissant, l'image donnée par les statuts. Ce sont les indications des statuts qui déterminent le contenu du rapport des fondateurs, de même qu'elles déterminent, comme nous le verrons ci-dessous, les décisions de l'assemblée constitutive. Sans doute se peut-il qu'un rapport des fondateurs, rédigé d'une manière particulièrement convaincante et dépeignant apports et reprises sous un jour spécialement prometteur, influence d'une manière décisive les souscripteurs. Cela ne manquera pas de faciliter une action en responsabilité, mais, on le répète, les rapports des fondateurs, s'ils sont devenus rares comme les fondations successives, sont toujours vagues et imprécis. Il est peu probable qu'un actionnaire lésé puisse jamais en tirer, pour actionner les fondateurs, des éléments que les statuts ne lui auraient pas fournis.

Troisième section : LES « AUTRES AGISSEMENTS ILLÉGAUX »

69. — L'art. 753, ch. 1 ne vise pas uniquement les indications inexactes ou incomplètes données dans les statuts ou dans le rapport des fondateurs. Il dispose également que les fondateurs sont responsables du dommage qu'ils causent en « agissant de quelque autre manière illégale lors de l'approbation d'une semblable mesure », soit lors de l'approbation d'apports, de reprises ou d'avantages.

Il convient de voir quelles sont les opérations que comporte l'approbation d'un apport, d'une reprise ou d'un avantage, afin de déterminer à quelles irrégularités elles peuvent donner lieu.

Ces opérations ne sont pas les mêmes selon qu'on se trouve en présence d'une fondation successive ou d'une fondation simultanée.

§ 1. *Dans la fondation successive.*

70. L'ASSEMBLÉE CONSTITUTIVE ET LA PRODUCTION DES PIÈCES JUSTIFICATIVES. — La souscription terminée, les fondateurs convoquent l'assemblée constitutive à qui ils soumettent les bulletins de souscription, l'attestation de l'Office de consignation et les conventions relatives aux apports en nature et aux reprises de biens (art. 635, 1^{er} al.). L'obligation de soumettre ces pièces à l'assemblée ne constitue pas une simple obligation d'ordre. L'importance de chacune d'entre elles est essentielle et, toutes, elles sont indispensables pour fonder les décisions de l'assemblée. C'est sur la base de ces pièces que l'assemblée constate que le capital social est entièrement souscrit, que le minimum légal ou le montant supérieur fixé par les statuts pour les versements à opérer sur les actions a été déposé auprès de l'Office de consignation ou est couvert par les apports en nature tels qu'ils sont prévus dans les statuts, et qu'enfin versements et apports sont à la libre disposition de la société.

Même si dans certains cas les souscripteurs présents à l'assemblée n'accordent pas à l'examen des documents qui leur sont soumis toute l'attention nécessaire, on ne peut ignorer l'importance du rôle assigné par la loi à l'assemblée constitutive. Cette assemblée a pour fonction de contrôler le déroulement des opérations de la fondation qui l'ont précédée ¹.

Au moment où l'assemblée se réunit, les « garanties objectives » que le législateur a pris soin d'accumuler, pour protéger les souscripteurs contre les spéculations de fondateurs malhonnêtes, ont déployé leurs effets. Il incombe maintenant aux seuls souscripteurs de tirer parti des moyens de contrôle mis à leur disposition. Encore faut-il d'une part que les délibérations se déroulent d'une manière régulière et que les décisions de l'assemblée soient valablement prises; d'autre part que les pièces nécessaires soient produites. Sur ce dernier point et si les fon-

¹ SIEGWART, n. 2 et 10 ad art. 634-636.

dateurs omettaient intentionnellement ou par négligence de soumettre à l'assemblée l'une ou l'autre des pièces mentionnées à l'art. 635, 1^{er} al., le contrôle formel opéré par l'officier public et par le préposé au registre du commerce y remédierait. L'officier public, en vertu de l'art. 639, doit attester, en effet, que les pièces sur lesquelles se fondent les décisions de l'assemblée constitutive lui ont été présentées ainsi qu'à l'assemblée. L'officier public devrait refuser d'instrumenter tant que toutes les pièces exigées par la loi n'ont pas été soumises à l'assemblée. Le préposé au registre du commerce de son côté aurait l'obligation de refuser de procéder à l'inscription, si l'acte authentique ne mentionnait pas que les pièces requises ont été soumises au notaire et à l'assemblée.

71. LA DÉCISION SPÉCIALE DE L'ART. 636. — On sait qu'à teneur de l'art. 636 les dispositions statutaires relatives aux apports, reprises et avantages, doivent faire l'objet d'une décision spéciale réunissant les voix des deux tiers de l'ensemble du capital social. Est-ce à cette seule décision que l'art. 753, ch. 1 *in fine* fait allusion, lorsqu'il parle de l'approbation des apports, reprises et avantages ? Il ne le paraît pas.

La décision spéciale de l'art. 636 a pour objet d'attirer à coup sûr l'attention des souscripteurs sur la présence d'apports, de reprises ou d'avantages. Mais chronologiquement cette décision n'intervient, le plus souvent, qu'à la fin de l'ordre du jour, une fois que l'assemblée a constaté que le capital est entièrement souscrit et que les montants minimum sont déposés ou couverts. Encore que son importance, dans le système des mesures de protection prises en faveur des souscripteurs, ne soit pas négligeable du point de vue théorique, il est peu probable que son rôle pratique soit aussi important que le législateur semble l'avoir escompté. Si les statuts sont adoptés à l'unanimité, comme ce sera le plus souvent le cas, cette décision est superflue. Il en est de même si les statuts ne sont pas adoptés ¹. D'autre part, l'ordre chronologique des décisions prises par l'assemblée constitutive lui est imposé par la logique. L'examen des documents de l'art. 635, 1^{er} al. doit nécessairement précéder la cons-

¹ SIEGWART, n. 30 ad art. 634-636.

tatation que le capital est souscrit. Tant que cette constatation n'est pas acquise, il est difficile d'adopter des statuts. Rien ne servirait en effet de donner à la société une organisation complète, d'en voter la charte, tant qu'il n'est pas certain que le capital indispensable est réuni. Mais la constatation que le capital est souscrit emporte du même coup et implicitement la ratification des dispositions prises par les fondateurs relativement aux apports et aux reprises ¹. On ne voit pas en effet comment, dans une fondation avec apports, l'assemblée pourrait constater que le capital est intégralement souscrit sans approuver les apports en nature et leur évaluation. De même, dans une fondation avec reprise un lien étroit unit la reprise à la détermination du montant du capital nécessaire pour faire l'opération et à l'affectation du capital ainsi déterminé. Il apparaît ainsi clairement que la décision spéciale approuvant les dispositions relatives aux apports, reprises et avantages le cède notablement en importance et en intérêt à la constatation que le capital est souscrit et que les montants minimum sont versés ou couverts. Le fait que la décision de l'art. 636 doit réunir les voix des deux tiers du capital social, alors que, pour l'adoption des statuts, une majorité absolue suffit, ne saurait rien y changer.

72. NÉCESSITÉ D'UNE DISPOSITION SPÉCIALE VISANT LES « AGISSEMENTS ILLÉGAUX ». — On pourrait se demander s'il était utile de compléter par la proposition « ... ou en agissant de quelque autre manière illégale lors de l'approbation d'une semblable mesure », la disposition légale qui statue la responsabilité des fondateurs en cas de définition inexacte ou incomplète.

Lorsque les statuts donnent des indications incomplètes ou inexactes, la responsabilité des fondateurs est déjà engagée automatiquement par l'insuffisance de ces indications. L'évaluation des apports et des reprises déterminant la part du capital social qui reste à couvrir en numéraire, voire le montant total de ce capital social s'il est intégralement constitué en nature, on aurait pu en conclure que les décisions de l'assemblée constitutive dépendent assez étroitement de cette évaluation pour qu'il fût superflu de statuer la responsabilité des fondateurs

¹ Mais non pas celle des dispositions relatives aux avantages particuliers.

pour les agissements illégaux de l'art. 753, ch. 1 *in fine*.

Il est difficilement concevable, d'autre part, que les fondateurs présentent à l'assemblée constitutive des bulletins de souscription fictifs ou une attestation falsifiée de l'Office de consignation. Des actes aussi graves ne seront pas fréquents. Ils exposeraient, en outre, leurs auteurs à des poursuites pénales. Une disposition spéciale de droit civil eût pu ne pas paraître nécessaire pour protéger les victimes éventuelles de telles manœuvres.

Cela n'exclut pas cependant la possibilité de combinaisons plus subtiles. A supposer que les pièces soumises à l'assemblée soient d'une authenticité indiscutable, étant admis, d'autre part, que la définition inexacte ou incomplète des apports, reprises ou avantages, telle qu'elle est prévue à l'art. 753, ch. 1 *in initio*, commande et détermine la plupart des décisions de l'assemblée constitutive, si enfin la présence de l'officier public à l'assemblée constitutive empêche qu'on « omette » des formalités essentielles pour sa validité, cela ne veut pas dire encore que la disposition visant les « agissements illégaux » de l'art. 753 ch. 1 *in fine* soit inutile. L'approbation des apports, reprises et avantages peut être entachée de diverses irrégularités d'un caractère spécial. Nous en examinerons quelques-unes à titre exemplaire et sans prétendre épuiser le problème.

73. DÉCLARATIONS VERBALES COMPLÉTANT LE RAPPORT DES FONDATEURS. — Nous avons rappelé déjà que, le plus souvent, le rapport des fondateurs se cantonnera dans de prudentes généralités, afin qu'on ne demande pas compte à ses auteurs d'affirmations trop précises ou de descriptions trop avantageuses. Les fondateurs se garderont, en règle générale, de fournir trop de précisions sur les apports en nature ou les reprises de biens. Il est possible cependant qu'à l'assemblée constitutive et pour emporter l'approbation de souscripteurs hésitants, les fondateurs donnent verbalement des renseignements plus complets, qu'ils dépeignent l'objet de l'apport ou de la reprise sous un jour trop favorable, voire qu'ils déclarent qu'en réalité la valeur réelle des apports et des reprises dépasse les chiffres mentionnés dans les statuts. Un procès-verbal de l'assemblée constitutive devant

être tenu ¹, il sera possible de conserver la preuve de ces déclarations qui n'engagent pas la responsabilité des fondateurs aux termes de l'art. 753, ch. 1 *in initio*, mais qui constituent un « agissement illégal » aux termes du même article *in fine*.

74. PARTICIPATION SANS DROIT A L'ASSEMBLÉE CONSTITUTIVE. — L'art. 634, 2^e al. soumet la convocation et les décisions de l'assemblée constitutive aux dispositions de la loi et du projet de statuts, relatives à la convocation et aux décisions de l'assemblée générale.

L'exercice du droit de vote et la participation à l'assemblée générale peuvent donner lieu à certaines irrégularités en corrélation avec la présence d'apports en nature, de reprises de biens ou d'avantages particuliers.

On sait que sous l'empire du Code de 1881 l'actionnaire dont « l'apport ou les avantages » étaient discutés par l'assemblée n'avait pas le droit de voter la décision spéciale approuvant les dispositions statutaires relatives aux apports et aux avantages (art. 619, 4^e al. ancien). Cette règle critiquable n'a pas été reprise par le Code révisé ². Cette disposition, outre qu'elle pouvait facilement être tournée grâce au concours d'hommes de paille, contenait le germe de nombreux conflits. Sa disparition a réduit du même coup les possibilités d'irrégularités.

Cependant, même simplifiées, les décisions des art. 635 et 636 peuvent donner lieu, comme toutes les décisions de l'assemblée générale, à des manœuvres que la loi s'efforce d'empêcher. L'art. 691 qui vise la participation sans droit à l'assemblée générale dispose qu'il est interdit d'abandonner des actions pour permettre au représentant d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale si cet abandon a pour but de rendre illusoire une restriction apportée à ce droit. Le Code de 1937 ne prévoyant plus la limitation des voix exprimées par un même actionnaire, il ne peut s'agir que de restrictions fixées par les statuts. Si les actions sont nominatives, l'abandon des actions suppose un transfert en règle, avec inscription dans le registre

¹ SIEGWART, n. 7 ad art. 634-636.

² « Ces restrictions se sont révélées inefficaces et inappropriées, voire partiellement inapplicables. » *Message*, p. 26.

des actions. Si les actions sont au porteur, la seule possession des titres autorise le représentant à exprimer un vote. Dans l'un et l'autre cas, que le transfert soit inscrit sur le registre des actions — mais contre-balancé dans ses effets entre cédant et cessionnaire par un revers — ou que le représentant se légitime comme possesseur d'une action au porteur, il sera extrêmement difficile, dans une assemblée générale, de faire la preuve que les intéressés n'ont pas réellement voulu transférer la propriété des titres et que l'opération n'a pas d'autre but que d'éluder l'application des dispositions statutaires restreignant le droit de vote ¹.

Une telle preuve offrira peut-être moins de difficultés si cet abus du droit de vote s'est produit à une assemblée constitutive où les titulaires d'actions au porteur sont encore connus. Lorsque les différentes décisions ne sont pas prises à l'unanimité des voix, on peut penser qu'elles auront été précédées d'une discussion qui permettra à un observateur attentif de se rendre compte, d'une façon au moins sommaire, de l'importance numérique des différents groupes. Grâce aux bulletins de souscription, d'autre part, il sera possible d'évaluer exactement le nombre des titres souscrits par chaque actionnaire. Ces éléments faciliteront le contrôle des voix exprimées et permettront de se rendre compte si les dispositions statutaires restreignant le droit de vote ont été observées.

75. VERSEMENTS MINIMUM ET DROIT DE VOTE. — Si l'assemblée constitutive offre un terrain moins favorable aux participations sans droit que l'assemblée générale proprement dite, elle exige cependant des souscripteurs une surveillance attentive dans une autre direction.

L'art. 633, 1^{er} al. dispose que, sauf pour les montants couverts par les apports en nature prévus par les statuts, les souscripteurs doivent verser, au plus tard lors de l'assemblée constitutive, 20 % au moins de la valeur nominale de chaque action. Un versement supérieur à 20 % sur certaines actions n'autorise pas un versement inférieur sur d'autres actions ². Cette disposi-

¹ SCHUCANY, n. 1 ad art. 691.

² SIEGWART, n. 3 ad art. 633; SCHUCANY, n. 2 ad art. 633.

tion, introduite par la revision de 1937, a pour but d'entraver la constitution de sociétés anonymes frauduleuses et d'empêcher que le capital social ne disparaisse dès l'inscription au registre du commerce ¹. On sait que sous l'ancien droit, on se contentait, pour constater que le capital était souscrit, d'attestations délivrées par des banques, qui déclaraient qu'elles avaient accordé les crédits nécessaires ². C'est afin d'éviter de telles manœuvres que la revision de 1937 exige le dépôt de 20 % des sommes souscrites auprès de l'Office de consignation. THALMANN ne fondait pas grand espoir sur cette innovation. Il estimait, en effet, que si les fonds versés devaient échapper à la société, l'opération ne serait guère retardée que des quelques heures pendant lesquelles ils seraient déposés ³. HENGELER est plus optimiste. Pour lui, une banque qui n'aurait pas hésité à fournir un crédit sur le papier y regardera à deux fois avant de mettre des fonds à disposition, ne serait-ce que pour une période de huit jours ⁴.

La portée de l'art. 633 est discutée. Certains auteurs estiment que les actions au porteur et les actions de valeur nominale inférieure doivent, en tout état de cause, être intégralement libérées au moment où l'assemblée constitutive se réunit ⁵. Ils invoquent les art. 683 et 693, 2^e al. qui disposent que les actions de ce type ne peuvent être *émises* que si elles sont entièrement libérées. Cette opinion paraît erronée. Les dispositions en question interdisent « l'émission » de ces titres avant leur libération intégrale, mais elles ne font pas de la libération intégrale, la condition de la naissance du droit de l'actionnaire. Cela résulte non seulement du texte de ces dispositions, mais également de l'art. 694 *a contrario* ⁶. Ainsi, quel que soit le type des actions, il suffira que 20 % de la valeur nominale soient versés avant l'assemblée constitutive. En revanche, les actions ne pourront être incorporées dans des titres tant qu'elles n'auront pas été intégralement libérées.

¹ VIRGILE ROSSEL, *Code civil et Code fédéral des obligations*, 5^e édition, Lausanne, 1937, p. 196, n. 1.

² HENGELER, p. 29.

³ *Bull. stén.* 1935 C.E., p. 85.

⁴ HENGELER, p. 29.

⁵ VIRGILE ROSSEL, p. 195, n. 2; SCHUCANY, n. 6 ad art. 633.

⁶ Même sens, ROSSET, *Tendances*, p. 42; SIEGWART, n. 5 ad art. 633.

La réglementation nouvelle a ainsi pour conséquence que le souscripteur qui n'a pas versé le minimum requis ne saurait prendre part à l'assemblée constitutive. Son droit de vote n'a pas pris naissance. Cette règle est applicable non seulement aux souscripteurs qui effectuent leurs apports en espèces, mais aussi à ceux qui s'acquittent par des apports en nature ¹. Or, dans la majorité des cas, l'objet de l'apport est indivisible et il ne saurait être question d'appliquer par analogie la règle du versement de 20 %. D'autre part, les apports ne valent comme couverture que dans la mesure où la société peut en disposer directement comme propriétaire (art. 633, 4^e al.). En d'autres termes, les souscripteurs effectuant un apport en nature devraient s'acquitter intégralement de leurs obligations dès avant l'assemblée constitutive; cela peut présenter l'inconvénient d'un double transfert de propriété : transfert aux fondateurs d'abord, pour le compte de la société, puis transfert à la société elle-même, dès qu'elle est inscrite au registre du commerce et qu'elle a acquis la personnalité juridique. Si l'objet de l'apport est un immeuble, ce double transfert peut être fort onéreux. On pourra l'éviter à la condition que la libre disposition soit garantie. Si l'objet de l'apport est un immeuble, l'apporteur remettra à la société en formation une réquisition d'inscription au registre foncier ², ou mieux, signera une promesse de vente. Si l'apport consiste en créances ou autre droit, l'apporteur garantira les droits de la société en signant une cession conditionnée par l'inscription de la société au registre du commerce ³. Dans les autres cas, on résoudra *in concreto* la question de savoir quelles seront les garanties à accorder.

L'objet de l'apport en nature étant par définition nettement individualisé et la société en formation pouvant exiger des garanties pour assurer son droit de libre disposition, il sera facile à l'assemblée constitutive de contrôler si l'apporteur a effectué la prestation qui donne naissance à son droit de vote. Il n'en sera malheureusement pas de même pour les versements en espèces. On peut dire sans exagérer que dans l'état actuel de la légis-

¹ SIEGWART, n. 44 ad art. 628.

² SIEGWART, n. 29 ad art. 633.

³ SIEGWART, n. 34 ad art. 633.

lation, il sera le plus souvent impossible à l'assemblée constitutive de s'assurer si le minimum requis a été versé sur chaque action.

L'Office de consignation, à moins qu'il n'ait simultanément fait fonction de bureau de versement, ne pourra en effet constater que la mise à disposition de la société de fonds versés¹. Sauf le cas exceptionnel où il aura reçu directement les versements des souscripteurs, il ne pourra donner aucune indication sur la *provenance* de ces fonds. Pour que le contrôle fût complet, le législateur aurait dû exiger que les souscripteurs produisent les quittances justifiant de leurs versements. Faute d'une telle disposition, les abus restent possibles et l'assemblée constitutive ne pourra pas contrôler, le plus souvent, si tous les souscripteurs remplissent les conditions posées par la loi à l'exercice de leur droit de vote. Cette lacune dans la réglementation légale est regrettable. Elle laisse la porte ouverte à de nombreuses irrégularités tout particulièrement dans le cas de la fondation postérieure². Si on peut penser comme HENGGELE³ que l'obligation de déposer, ne fût-ce que pendant huit jours, les versements minimum à l'Office de consignation, empêchera des banques trop complaisantes de prêter la main à une fondation frauduleuse, à plus forte raison une disposition légale qui permettrait de contrôler si chaque souscripteur a versé 20 % de sa souscription, sous peine de se voir refuser le droit de prendre part aux décisions de l'assemblée constitutive, limiterait-elle les cas où les décisions des art. 635 et 636 sont prises par des majorités de fortune, constituées précisément par des souscripteurs n'ayant pas versé un centime, mais qui n'emportent pas moins la ratification des clauses statutaires relatives aux apports, reprises et avantages qui leur permettront de réaliser de fructueuses spéculations.

¹ SIEGWART, n. 13 ad art. 634-636.

² L'arrêt WILLI c/ HEINEMANN (*A.T.F.* 58 II 151; *J.T.* 1933, p. 174), tranchait d'une manière fort discutable, un litige où précisément le montant minimum à verser sur le capital social avait été fourni par un seul actionnaire qui, après l'inscription de la société au registre du commerce, lui vendit des brevets et des droits de priorité et compensa avec sa créance de vendeur le solde à libérer. Il est superflu d'analyser longuement une telle opération, pour faire ressortir combien elle est facilitée par la lacune que nous venons de signaler.

³ HENGGELE, p. 29.

§ 2. Dans la fondation simultanée.

76. L'UNANIMITÉ DES FONDATEURS. — La loi règle en un seul article la fondation simultanée, alors qu'elle en consacre neuf à la fondation successive, pourtant beaucoup moins fréquente. C'est qu'aussi bien la fondation simultanée est considérablement plus simple et plus rapide.

A teneur de cet unique article (art. 638), après avoir déclaré leur volonté de constituer une société anonyme, arrêté le texte des statuts et désigné les organes, les fondateurs confirment qu'ils ont « pris »¹ eux-mêmes toutes les actions; que le montant fixé par la loi ou par les statuts pour les versements minimum a été déposé auprès de l'Office de consignation ou qu'il est couvert par les apports en nature; que les dispositions statutaires relatives aux apports, reprises ou avantages ont été approuvées et enfin que les conventions relatives aux apports et aux reprises ont été présentées.

Les déclarations des fondateurs portent sur les mêmes objets que les décisions de l'assemblée constitutive. Les observations que nous avons formulées ci-dessus s'appliquent *mutatis mutandis* à la fondation simultanée, notamment en ce qui concerne la production des pièces justificatives, le contrôle des versements à opérer sur chaque action et la naissance du droit de vote. Il faut cependant remarquer que l'acte constitutif doit être signé de *tous* les fondateurs. Cette unanimité exigée par la loi a pour effet d'empêcher toute fraude dans le calcul de la majorité, puisque l'opposition d'un seul fondateur suffit à faire échouer la fondation. Il s'agit moins, dans la fondation simultanée, d'empêcher le fondateur qui n'a pas versé le minimum requis sur ses actions de faire usage de son droit de vote que de lui interdire de participer aux délibérations et d'exercer une influence personnelle dont le rôle peut n'être pas négligeable. L'unanimité exigée par la loi enlève également toute importance à la participation sans droit; aussi bien ne s'agit-il pas ici d'une assemblée délibérante.

¹ La loi distingue le fait de *souscrire* et le fait de *prendre* des actions, le premier de ces termes s'employant pour la fondation successive et le second pour la fondation simultanée. La distinction est de pure terminologie, la nature juridique de l'opération étant la même dans l'un et l'autre cas. (Voir SCHUCANY, n. 3 ad art. 629.)

77. L'INFORMATION PLUS COMPLÈTE DES FONDATEURS. —

Si la nécessité de l'unanimité épargne à une minorité de fondateurs le danger d'être majorisés et limite ainsi le nombre des irrégularités possibles, les conditions mêmes dans lesquelles se prépare et se déroule la fondation simultanée offrent à chaque fondateur de plus fréquentes occasions de contrôler les préparatifs de l'opération et les intentions de ses promoteurs. Jusqu'à l'assemblée constitutive de la fondation successive, les contacts entre fondateurs et souscripteurs auront, dans la plupart des cas, été rares. Bien que les souscripteurs soient censément renseignés par le projet de statuts, le rapport des fondateurs et éventuellement le prospectus, il peut fort bien subsister des malentendus ou des désaccords latents qu'un incident au cours de l'assemblée constitutive peut faire éclater et qui risqueraient d'entraîner les fondateurs à tenter des manœuvres d'une légalité discutable pour éviter l'échec de la fondation.

Les circonstances de la fondation simultanée sont différentes. Les fondateurs qui vont signer l'acte constitutif sont peu nombreux; ils se sont recrutés par cooptation. L'élément personnel joue un rôle beaucoup plus important que dans la fondation successive; leur petit nombre leur aura permis de se rencontrer aussi souvent que cela était nécessaire, pour mettre au point jusque dans les détails les statuts qu'ils vont adopter, y compris les clauses spéciales relatives aux apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers. Ces fondateurs étant en même temps les seuls actionnaires, il est difficile de concevoir que les actionnaires originaires puissent être victimes de quelque « agissement illégal » lors de l'approbation des apports, reprises ou avantages. Le contrôle des opérations qui accompagnent la signature de l'acte constitutif est trop aisé, ces opérations elles-mêmes trop simples pour qu'un peu d'attention ne permette pas, même à un actionnaire n'ayant pas pris une part déterminante à la préparation de la fondation, de s'apercevoir de la fraude qui pourrait lui causer un dommage.

Mais si les actionnaires originaires ne sont guère exposés, sauf circonstances exceptionnelles, leur intérêt n'est pas seul en cause. Il n'est pas rare que, une fois la société inscrite au registre du commerce, les fondateurs vendent leurs actions à

des tiers qui n'auront pas participé à la fondation et qui n'auront pu ainsi contrôler si les opérations se sont déroulées correctement. Sans doute des indications inexactes données aux acquéreurs lors de la négociation des titres sont-elles de nature à entraîner la responsabilité du vendeur; mais il pourra être nécessaire de chercher, pour une action en réparation, une base plus large et plus solide que celle des défauts de la chose vendue ou de l'acte illicite. Les dispositions spéciales du droit de la société anonyme rendront alors d'utiles services.

SOUS-CHAPITRE II. L'ART. 753, CH. 2

A teneur de l'art. 753, ch. 2, les fondateurs sont responsables du dommage qu'ils causent en contribuant intentionnellement ou par négligence à faire inscrire la société sur le registre du commerce, au vu d'une attestation ou de quelque autre document qui renfermerait des assertions inexactes.

§ 1. *Les « attestations ou autres documents » visés par l'article 753, ch. 2.*

78. LA DONNÉE DU PROBLÈME. — La réquisition d'inscription doit être accompagnée d'un certain nombre de pièces; soit un exemplaire des statuts certifié conforme, l'acte authentique relatif à l'assemblée des souscripteurs ou l'acte constitutif, le projet de statuts, éventuellement le rapport des fondateurs et le prospectus, enfin le document qui constate la nomination des administrateurs et des contrôleurs et mentionne le domicile et la nationalité des premiers. Cette énumération, qui est celle de l'art. 640, épuise-t-elle la notion d'attestation ou autres documents, au sens de l'art. 753, ch. 2 ? Telle est la question qu'il faut résoudre en premier lieu. Doit-on envisager que seules les assertions inexactes contenues dans les documents annexés à la réquisition d'inscription peuvent engager la responsabilité de leurs auteurs ? Doit-on, au contraire, faire rentrer dans les documents et attestations de l'art. 753, ch. 2 les pièces soumises à l'assemblée constitutive ou aux fondateurs, en vertu des art. 635 et 638 et qui leur ont permis de prendre les décisions et de procéder aux constatations relatées dans l'acte authentique ?

— On saisit immédiatement toute l'importance du problème. De la solution qu'on lui donnera, dépend l'étendue du champ d'application de l'art. 753, ch. 2. Si on interprète strictement cette disposition, seuls pourront être recherchés les signataires de la réquisition d'inscription, l'officier public qui a dressé l'acte authentique — à condition qu'il ait su ou pu savoir que l'acte authentique renfermait des assertions inexactes — les signataires du prospectus et du rapport des fondateurs, l'auteur du projet de statuts — dans les mêmes limites que l'officier public — ainsi que l'auteur du document relatif à la nomination des administrateurs et contrôleurs. Si, au contraire, on donne à l'art. 753, ch. 2 une interprétation plus large, on pourra atteindre, outre les personnes déjà mentionnées, celles qui ont, soit fourni une attestation inexacte sur les fonds versés à l'Office de consignation, soit dressé des bulletins de souscription fictifs ou inexacts, soit enfin rédigé des conventions mensongères, relativement aux apports et aux reprises. SCHUCANY estime que c'est cette dernière interprétation qui est la bonne, sans d'ailleurs motiver son opinion¹.

Le texte même de l'art. 753, ch. 2 ne fournit aucune indication permettant d'adopter l'une ou l'autre de ces deux interprétations. Sans doute les documents énumérés à l'art. 640 (statuts, acte authentique, projet de statuts, prospectus, rapport des fondateurs et documents relatifs à la nomination des administrateurs et des contrôleurs) sont-ils visés au premier chef par l'art. 753, ch. 2; mais on doit reconnaître qu'une attestation relative au versement du minimum requis est aussi nécessaire pour la fondation qu'un projet de statuts. Encore que la première ne figure pas parmi les annexes à la réquisition d'inscription, les assertions inexactes qu'elle peut contenir se refléteront néanmoins dans l'inscription de la société au registre du commerce. On ne saurait nier que la personne qui établit une telle attestation contribue à faire inscrire la société au vu d'une attestation renfermant des assertions inexactes.

Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur ce problème. Les quelques arrêts qui l'ont amené à examiner les conditions d'application de l'art. 671, ch. 3 correspondant sous l'ancien

¹ SCHUCANY, n. 8 ad art. 753.

droit à l'art. 753, ch. 2, se rapportaient à des espèces où les assertions inexactes étaient contenues soit dans l'acte authentique¹, soit dans une circulaire ou prospectus au sens de l'art. 672 ancien (art. 752 actuel)², soit enfin dans le procès-verbal qui, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919 modifiant et complétant les dispositions relatives aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés coopératives, tenait lieu d'acte de fondation³. Il avait en outre été amené à préciser que les documents ou attestations visées à l'art. 671, ch. 3 ancien, s'entendaient bien des annexes à la réquisition d'inscription et non pas seulement de cette réquisition elle-même⁴.

79. LA SOLUTION DU CODE DE 1881. — Le problème se présentait sous l'empire du Code ancien autrement que sous l'empire du Code révisé. Les art. 621 et 622 anciens qui, dans la loi de 1881, réglaient la réquisition d'inscription, exigeaient l'adjonction des pièces suivantes à cette réquisition : 1. les statuts, 2. l'attestation que le capital social était couvert par les souscriptions, 3. l'attestation que le cinquième au moins du montant souscrit par chaque actionnaire avait été versé, 4. les pièces qui établissaient la nomination des administrateurs et des contrôleurs, 5. « s'il y avait lieu, l'acte en bonne forme » constatant les décisions prises par l'assemblée générale, relativement à la souscription du capital, à la libération du cinquième et à l'approbation des apports, reprises et avantages.

Ces pièces, dont la loi elle-même exigeait la conservation au bureau du registre du commerce⁵, devaient fournir « la base première » des actions en responsabilité contre les fondateurs. L'art. 622 avait en outre pour fonction de permettre au préposé au registre du commerce de contrôler la souscription du capital social et le versement du cinquième. On peut se demander si ce

¹ Arrêt MULLER-WIDMER c/ HOFER, A.T.F. 28 II 102.

² Arrêt BÉRARD & CONSORTS c/ AUCKENTHALER & CONSORTS, A.T.F. 47 II 287.

³ Arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 449; J.T. 1934, p. 168 s.

⁴ Arrêt GLASER-GALLION c/ ROMMEL, A.T.F. 32 II 278; J.T. 1908, p. 150 s.

⁵ C'est actuellement l'art. 36, 2^e al. O.R.C. qui impose la conservation des pièces justificatives au registre du commerce.

contrôle, fondé sur des attestations dont la loi n'exigeait pas qu'elles fussent dressées en la forme authentique, pouvait avoir une efficacité quelconque. Au surplus, la pratique n'avait pas tardé à introduire des adoucissements sensibles à la règle de l'art. 622 ancien. Encore que, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919, un acte authentique ne fût pas nécessaire aux termes de la loi, on avait pris rapidement l'habitude de recourir, pour chaque fondation, au ministère d'un officier public. Du même coup, les préposés au registre du commerce se contentèrent de la production de l'acte authentique et cessèrent d'exiger le dépôt des bulletins de souscription et des quittances qui devaient leur permettre de vérifier si le cinquième était versé¹. Ainsi, sous l'empire du Code de 1881 et alors même que la loi s'efforçait de mettre le préposé au registre du commerce en mesure de contrôler si le capital était souscrit et le cinquième versé, l'usage, codifié par l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919, avait considérablement limité la portée des précautions prises par le législateur.

80. LA SOLUTION DU PROJET DE 1928 ET DU CODE DE 1937.

— L'art. 640 du Code de 1937 n'est pas moins libéral. Avant de trouver sa rédaction définitive, cette disposition a cependant passé par des avatars qu'il est instructif de rappeler brièvement.

Les projets successifs de revision, y compris le Projet du Conseil fédéral, mentionnent, parmi les annexes à la réquisition d'inscription, l'attestation que le capital est souscrit et l'attestation que le minimum requis est versé sur chaque action ou couvert par les apports en nature (art. 638, ch. 4 et 5 du Projet du Conseil fédéral). Le Conseil des Etats et le Conseil national adoptèrent l'art. 638 sans le modifier. La Commission de rédaction, en revanche, « pour éviter des frais superflus », censément occasionnés par la nécessité de faire dresser les attestations en question, raya les pièces prévues à l'art. 638, ch. 4 et 5 de la liste des annexes à la réquisition d'inscription².

¹ BACHMANN, n. 1 ad art. 622.

² *Bull. stén.* 1936, C.E., p. 539. Il est curieux de noter que l'art. 753, ch. 2 incrimine encore les assertions inexactes contenues dans des « attestations » ou autres documents. Ce terme, à sa place dans la disposition correspondante du Projet du Conseil fédéral, ne l'est plus dans le texte de la loi. On a omis de mettre l'art. 753, ch. 2 en harmonie avec l'art. 640 dans sa rédaction définitive.

Cette Commission envisageait, semble-t-il, que des actes authentiques spéciaux étaient nécessaires pour attester la souscription du capital et le versement du minimum requis. Le Conseil national, d'autre part, ayant introduit dans le texte du projet l'obligation de déposer les fonds versés auprès de l'Office de consignation, on a considéré vraisemblablement que ce dépôt obligatoire fournissait des garanties suffisantes ¹.

Peut-on déduire de la décision de la Commission de rédaction que l'art. 753, ch. 2 doit être interprété restrictivement et que seules les pièces mentionnées à l'art. 640 engagent la responsabilité de leur auteur, si elles contiennent des assertions inexactes ? — Il ne le semble pas. La Commission a estimé, en effet, que les attestations qu'elle jugeait inutile de joindre à la réquisition d'inscription, « *gerade mit zum wesentlichen Inhalt der öffentlichen Urkunde gehören sollen* » ². Sans doute cette proposition est-elle assez vague. Elle permet de se rendre compte cependant que, dans l'esprit de la Commission de rédaction, les documents relatifs à la souscription du capital et au versement du minimum sont dans un lien étroit avec l'acte authentique et l'inscription de la société au registre du commerce. Le retranchement de toute mention relative à ces documents dans l'énumération des annexes de la réquisition d'inscription ne saurait donc signifier que les Chambres ont estimé que les pièces

¹ Selon le *Message*, p. 28, le préposé au registre du commerce pourrait exercer un certain contrôle sur les opérations de la fondation, grâce aux bulletins de souscription et à l'attestation relative au versement du minimum requis, qui devaient être joints à la réquisition d'inscription. On a déjà relevé (N° 75 ci-dessus), que, sauf le cas où l'Office de consignation a simultanément fait fonction de bureau de versement, il lui est impossible d'attester que le minimum requis est versé sur *chaque* action, comme la loi l'exige. Sans doute l'art. 633 du Projet du Conseil fédéral disposait-il que « l'attestation des bureaux de versement concernant les paiements opérés » devait être soumise à l'assemblée constitutive. Cette assemblée eût peut-être été ainsi en mesure d'exercer un certain contrôle sur la régularité des opérations. Mais au cours des délibérations des Chambres, cette disposition a disparu du texte sans qu'on puisse en trouver l'explication dans le *Bulletin sténographique*. Dès lors le contrôle du préposé au registre du commerce devenait parfaitement illusoire. Il est heureux que la simplification apportée par la Commission de rédaction au texte de l'art. 640 de la loi ait contribué à clarifier le problème de la portée du contrôle du préposé au registre du commerce. Ce fonctionnaire ne disposant plus des bulletins de souscription et de l'attestation relative au versement du minimum requis, on ne saurait plus songer à placer dans le contrôle qu'il exercerait les espoirs exprimés par le *Message*. Sur ce contrôle, voir encore THALMANN, *Bull. stén.* 1931, C.E., p. 359.

² *Bull. stén.* 1936, C.E., p. 539.

en question étaient sans relation avec l'inscription, ou qu'elles n'avaient, en elle-même, aucune importance une fois que l'assemblée constitutive ou les fondateurs avaient constaté que le capital était souscrit et le minimum versé. Il n'est donc pas interdit de penser que par documents et attestations au sens de l'art. 753, ch. 2, on ne doit pas entendre uniquement les annexes à la réquisition d'inscription nommément désignées par l'art. 640.

On arrive à la même conclusion si, pour déterminer la portée de l'art. 753, ch. 2, on recourt à l'interprétation logique. Il serait choquant, en effet, de ne retenir que la responsabilité des personnes qui ont établi ou contribué à établir les pièces expressément citées par l'art. 630, tandis que les inexactitudes contenues dans les documents importants qui fondent les décisions de l'assemblée constitutive ou les constatations des fondateurs n'engageraient pas la responsabilité de leurs auteurs. Le législateur a pris le soin le plus visible d'assurer une efficacité maximum aux dispositions sur la responsabilité des fondateurs. Interpréter restrictivement ces dispositions et les articles qui les éclairent, serait contraire à l'esprit de la réglementation établie et heurterait à la fois le bon sens et la logique. Les bulletins de souscription et les attestations relatives au versement du minimum requis inspirent directement les pièces annexées à la réquisition d'inscription, qui ne font que reproduire, avec d'autres, les indications fournies par elles. Les bulletins de souscription et l'attestation relative au versement du minimum doivent ainsi engager la responsabilité des personnes qui ont contribué à les établir, au même titre que les statuts, le projet de statuts, l'acte authentique, le prospectus, le rapport des fondateurs et le document relatif à la nomination des administrateurs et des contrôleurs.

§ 2. *Les assertions inexactes.*

81. LA NOTION D'ASSERTION INEXACTE. — BACHMANN, commentant l'art. 671, ch. 3 ancien, qui visait le fait de « contribuer sciemment à faire inscrire la société sur le registre du commerce en vertu d'une attestation ou d'un acte contenant des

assertions mensongères », estimait qu'une inexactitude positive était nécessaire, et qu'une omission ou une dissimulation ne constituait pas une assertion mensongère au sens de cette disposition ¹. Il motivait son opinion en opposant le chiffre 3 de cet article au chiffre 2 qui visait le fait de dissimuler ou de déguiser un apport en nature ou une reprise de biens. Il semble cependant que si le législateur avait voulu distinguer l'assertion mensongère de l'action de dissimuler ou de déguiser un apport ou une reprise, il l'aurait manifesté expressément. Quoi qu'il en soit, l'opinion défendue par BACHMANN n'était pas unanimement admise sous l'empire de l'ancien droit. C'est ainsi que le Tribunal fédéral, analysant la notion d'assertion mensongère au sens de l'art. 671, ch. 1 ancien, a jugé que non seulement des faits positifs dont on connaissait l'inexactitude, mais aussi le silence observé sur des faits essentiels et connus, dont l'omission est de nature à induire les tiers en erreur, constituaient une assertion mensongère ². L'art 671, ch. 1 ancien visait, il est vrai, les assertions mensongères contenues dans les circulaires et prospectus. Mais on ne voit pas en quoi les assertions mensongères d'une circulaire ou d'un prospectus différeraient de celles d'une attestation ou d'un acte destiné à accompagner une réquisition d'inscription au registre du commerce.

Ainsi, par assertion mensongère au sens du Code de 1881 ou inexacte au sens du Code de 1937, il faut entendre, tant une affirmation positive, que l'omission de faits importants.

82. LES CAS D'APPLICATION DE L'ART. 753, CH. 2. — Il convient d'examiner maintenant dans quelle mesure les documents et attestations visés à l'art. 753, ch. 2 sont susceptibles de renfermer des assertions inexactes.

a) Les bulletins de souscription.

On peut concevoir la présentation de bulletins de souscription fictifs ou portant l'indication d'une somme supérieure à celle pour laquelle le souscripteur entendait s'engager. L'au-

¹ BACHMANN, n. 7 *in fine* ad art. 671.

² Arrêt BÉRARD & CONSORTS c/ AUCKENTHALER & CONSORTS, A.T.F. 47 II 287.

teur du faux est évidemment responsable non seulement civilement, mais aussi pénalement.

b) *L'attestation de l'Office de consignation.*

Tous les cantons à peu près ont constitué leurs banques cantonales comme Office de consignation. Certains d'entre eux ont confié, en outre, cette fonction à des banques spécialement désignées¹. On a peine à se représenter qu'une banque cantonale ou une des banques privées ou locales désignées comme Office de consignation délivre une attestation inexacte relativement aux fonds déposés chez elle. Une telle hypothèse paraît devoir rester purement académique. Au cas où elle viendrait à se réaliser, la responsabilité de l'Office de consignation serait naturellement engagée. La question de savoir si cette responsabilité mettrait en œuvre uniquement les dispositions du droit de la société anonyme, l'art. 753, ch. 2, notamment, ou si elle appellerait l'application d'éventuelles dispositions de droit public devra être résolue *in concreto*.

c) *Le document de l'art. 640, ch. 4.*

Aux termes de cette disposition, la réquisition d'inscription doit être accompagnée d'un document constatant la nomination des administrateurs et des contrôleurs et mentionnant le domicile et la nationalité des premiers. Des indications inexactes sur la nomination des administrateurs et des contrôleurs, ou sur le domicile et la nationalité des administrateurs, peuvent contribuer à induire en erreur, sinon les actionnaires qui ont d'autres sources d'information que l'inscription au registre du commerce, du moins les créanciers. La question de savoir si de telles indications peuvent causer un dommage soit aux actionnaires, soit aux créanciers demeure réservée.

d) *Les statuts, l'acte authentique, le projet de statuts, le prospectus et le rapport des fondateurs.*

L'auteur des statuts, l'auteur du projet de statuts, de même que l'officier public qui a dressé l'acte authentique, sont respon-

¹ Pour la liste des offices de consignation, voir *Feuille officielle suisse du commerce* du 23 février 1938, n° 45 et *Feuille officielle suisse du commerce* du 16 août 1944, n° 191.

sables aux termes de l'art. 753, ch. 2 si ces documents contiennent des assertions inexactes. Le spécialiste qui a rédigé le projet de statuts ou les statuts définitifs sur la base des instructions qui lui ont été données par les fondateurs, sans avoir par ailleurs aucune information sur la situation exacte, ne saurait être tenu du dommage pouvant résulter des inexactitudes que contient son texte.

On doit faire la même observation au sujet de l'officier public. L'officier public qui dresse l'acte authentique contribue indiscutablement à faire inscrire la société au registre du commerce ¹. Mais sa responsabilité n'est engagée que dans la mesure où il connaissait ou pouvait connaître les inexactitudes que renferme l'acte authentique. Le concours de l'officier public ne peut avoir d'autre résultat que d'assurer la régularité, *quant à la forme*, des opérations qu'il est chargé d'instrumenter. L'officier public n'a pas qualité pour examiner si la fondation n'est pas entachée d'irrégularités matérielles. Le fait que les décisions de l'assemblée constitutive et les constatations des fondateurs dans la fondation simultanée sont protocolées en la forme authentique, n'établit pas à lui seul que ces décisions et constatations s'appuient sur des documents irréprochables. La question de la responsabilité de l'officier public dépendra, en définitive, uniquement de la nature des irrégularités et de la possibilité qu'il avait de se rendre compte de ces irrégularités.

Le prospectus et le rapport des fondateurs n'appellent pas d'observation spéciale.

e) La réquisition d'inscription.

L'art. 753, ch. 1 frappe la définition inexacte ou incomplète des apports, reprises et avantages. L'art. 753, ch. 2 vise le fait de contribuer à faire inscrire la société au vu d'attestations ou de documents renfermant des assertions inexactes. On remarque immédiatement que la définition inexacte ou incomplète va nécessairement de pair avec la production au registre du commerce de documents ou attestations renfermant des assertions inexactes. Sauf exception, les deux premiers chiffres de l'art.

¹ WILDI, p. 112.

753 visent ainsi la même infraction considérée à deux phases différentes. Le plus souvent, les victimes du dommage invoqueront les deux dispositions simultanément ¹.

Il n'était cependant pas inutile de permettre aux intéressés de relever soit la définition inexacte ou incomplète, soit la production de documents contenant des assertions inexactes. Cette double incrimination, en effet, augmente le cercle des responsables et, partant, accroît les chances de réparation. La définition inexacte ou incomplète, de même que la production de documents ou d'attestations contenant des assertions inexactes, engagent en effet la responsabilité des fondateurs au sens large du terme; mais l'art. 753, ch. 2 permet en outre, d'atteindre les signataires de la réquisition d'inscription, qui ne sont pas nécessairement compris dans les fondateurs, même si on donne à ce terme le sens le plus large.

On sait qu'aux termes de l'art. 640, la réquisition d'inscription est signée par les administrateurs. Sans doute, le Tribunal fédéral semble avoir considéré dans l'affaire GLASER-GALLION c/ ROMMEL ² que les administrateurs qui ne prennent aucune part à l'établissement des pièces annexées à la réquisition d'inscription, ne peuvent encourir la responsabilité de l'art. 671, ch. 3 ancien, correspondant à l'art. 753, ch. 2. Mais la proposition du Tribunal fédéral ne constitue qu'un *obiter dictum* et il est difficile de penser qu'amené à examiner la question pour elle-même et sous l'empire du droit nouveau, le Tribunal fédéral maintiendrait son opinion. On ne saurait nier que signer une réquisition d'inscription et la déposer au registre du commerce, c'est contribuer à faire inscrire la société. Pour peu que les administrateurs aient su ou pu savoir que les pièces annexées à la réquisition qu'ils ont signée contenaient des indications inexactes, leur responsabilité est engagée. Le mandat confié aux administrateurs comporte l'obligation de sauvegarder les intérêts de la société et ceux des actionnaires. La situation qu'ils occupent dans la société leur fait d'autre part un devoir de veiller à ne pas léser

¹ Exemple : l'arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 445; J.T. 1934, p. 169 s., où les demandeurs s'appuyaient sur les chiffres 2 et 3 de l'art. 671 ancien.

² A.T.F. 32 II 273; J.T. 1908, p. 150 et s.

les intérêts des créanciers. Il leur incombe d'intervenir s'ils se rendent compte de quelque irrégularité. Les premiers administrateurs sont choisis généralement, sinon parmi les fondateurs eux-mêmes, en tout cas parmi ceux des souscripteurs originaires qui touchent de près aux fondateurs et qui possèdent certaines connaissances financières ou techniques. On peut donc admettre qu'ils sont renseignés sur la genèse de l'affaire et capables d'apprécier si les pièces annexées à la réquisition d'inscription sont suspectes ou non. S'ils éprouvent quelque soupçon, ils ont tout loisir de poser les questions nécessaires aux fondateurs qui ont pris l'initiative des opérations. A moins qu'ils ne puissent établir qu'ils n'ont pu avoir connaissance des assertions inexactes figurant dans les documents annexés à la réquisition d'inscription, on ne comprendrait pas qu'ils échappent à la responsabilité de l'art. 753, ch. 2^{1 2}.

SOUS-CHAPITRE III. L'ART. 753, CH. 3

Les souscriptions émanant d'insolvables peuvent causer un préjudice à la société, aux actionnaires et aux créanciers. L'art.

¹ Pour la responsabilité des personnes qui signent la réquisition d'inscription, BACHMANN, n. 7 ad art. 671; WILDI, p. 112; SIEGWART, n. 7 ad art. 640 et n. 13 ad art. 629-639.

² La question de savoir si la réquisition d'inscription doit être signée par tous les administrateurs ou seulement par certains d'entre eux est discutée. L'art. 622 ancien exigeait que la réquisition d'inscription fût signée par *tous* les administrateurs. Cette disposition avait été reprise dans les projets de revision et elle figurait encore dans le Projet de 1928 (art. 638). L'art. 640 actuel se borne à prévoir que la réquisition est signée par *les* administrateurs. SCHUCANY (n. 3 ad art. 640), sans motiver son opinion, estime que sous l'empire du droit nouveau comme sous l'empire du droit ancien, la signature de tous les administrateurs est nécessaire. SIEGWART (n. 6 ad art. 640) est d'un avis opposé. Il s'appuie sur l'art. 22 O.R.C., lequel dispose que lorsque l'administration d'une personne morale est assurée par plusieurs personnes, la réquisition d'inscription doit être signée par le président ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre de l'administration. On doit se demander si un texte, de portée purement réglementaire, peut valablement interpréter, d'une façon aussi catégorique une disposition légale qui manque peut-être de la précision nécessaire, mais qui semble cependant exiger la signature de tous les administrateurs. On peut sans doute argumenter que si quelques administrateurs seulement parmi plusieurs ont qualité pour engager la société, il ne serait pas logique d'exiger pour l'inscription le concours d'un ou plusieurs administrateurs dépourvus de cette qualité. Mais on doit remarquer, d'autre part, que les statuts peuvent réserver à un seul administrateur le droit d'engager la société et que même dans un tel cas la réquisition ne doit pas moins porter deux signatures. (VON STEIGER, *Prüfung*, p. 13.)

753, ch. 3 rend responsables de ce préjudice les fondateurs qui ont concouru sciemment à faire accepter de telles souscriptions.

83. LE BUT ET LE SYSTÈME DE L'ART. 753, CH. 3. — Comme nous avons eu l'occasion de le signaler déjà, le Tribunal fédéral a toujours jugé que la souscription d'un homme de paille était valable, en ce sens que le souscripteur était engagé aux termes de sa déclaration et qu'il était tenu envers la société, les actionnaires et les créanciers de libérer le montant de sa souscription¹. Cette jurisprudence a l'avantage de fournir certaines garanties à la société, aux actionnaires et aux créanciers. Si l'homme de paille est insolvable, il leur sera cependant de peu d'utilité qu'il soit tenu comme un souscripteur ordinaire². Et l'on peut craindre que l'homme de paille ne soit fréquemment insolvable, précisément lorsque la fondation n'est pas d'une correction parfaite et qu'il importerait particulièrement que les victimes du dommage puissent obtenir réparation du préjudice que le concours des hommes de paille a contribué à causer. C'est pour tenter de combattre les conséquences « des fondations frauduleuses proprement dites et de l'usage d'hommes de paille »³ qu'on a introduit, lors de la revision de 1937, la disposition nouvelle de l'art. 753, ch. 3.

La responsabilité des fondateurs pour l'acceptation de souscriptions émanant d'insolvables est moins étendue que celle qui sanctionne la définition inexacte ou incomplète des apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers ou la production de pièces contenant des assertions inexactes lors de l'inscription au registre du commerce. Dans ces deux éventualités, la *négligence* des fondateurs suffit à fonder l'action en responsabilité. Dans le cas de l'art. 753, ch. 3, en revanche,

¹ Arrêts NAEGELI c/ SCHWEIZER & CONSORTS, A.T.F. 15 627; BASLER KANTONALBANK c/ BASLER BAUGESELLSCHAFT, A.T.F. 36 II 552; BACH c/ SPAR- UND LEIHKASSE STECKBORN, A.T.F. 39 II 533; SPAR- UND LEIHKASSE STECKBORN c/ ISELIN, A.T.F. 41 III 146; J.T. 1915, p. 546 s.; AKTIENGESELLSCHAFT FÜR AUSWÄRTIGEN HANDEL c/ O.A. ROSENBERG & Co., A.T.F. 50 II 177; J.T. 1924, p. 418 s.; BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 443; J.T. 1934, p. 170 s.

² Sur ce point, voir SCHNEEBELI, p. 44.

³ *Message*, p. 64. La responsabilité des fondateurs concourant à faire accepter la souscription d'insolvables était préconisée déjà sous l'ancien droit; voir notamment REHFUS, Z.S.R. 23, p. 584. Voir page 139, note 1 ci-dessous.

le demandeur devra établir que les fondateurs ont contribué *sciemment* à faire accepter la souscription émanant d'un insolvable. SCHUCANY estime cependant que si les fondateurs n'ont pas le devoir de s'assurer de la solvabilité du souscripteur, on peut, suivant les circonstances, assimiler au cas où les fondateurs ont *connu* l'insolvabilité, celui où ils auraient *dû la connaître* ¹. On admet, d'autre part, que le fait de concourir à faire accepter les souscriptions émanant de personnes insolvables, ne suppose pas nécessairement une action. Il suffit que, connaissant l'insolvabilité d'un souscripteur, les fondateurs ne se soient pas opposés à l'acceptation de sa souscription pour que leur responsabilité soit engagée ².

84. LES RÉQUISITS DE L'ART. 753, CH. 3. — L'intention du législateur, telle qu'on vient de la rappeler, est sans doute louable. On peut cependant se demander si l'art. 753, ch. 3 constitue réellement un moyen efficace de lutter contre les « fondations frauduleuses proprement dites et l'usage d'hommes de paille ». Pour que le lésé puisse obtenir satisfaction, il devra faire la preuve qu'au moment de sa souscription le souscripteur était insolvable et que les fondateurs à qui il réclame réparation connaissaient cette insolvabilité. Cette double preuve pourra embarrasser considérablement le demandeur, qui devra l'administrer souvent plusieurs années après la souscription et son acceptation.

a) *L'insolvabilité du souscripteur*. Quand devra-t-on la considérer comme établie ? Exigera-t-on que la société ait introduit la procédure prévue aux art. 681 et suivants et prononcé que le souscripteur est déchu de ses droits ? Il ne semble pas que cette mesure soit nécessaire. Les art. 681 et suivants règlent les conséquences de la demeure du souscripteur dans leur aspect interne. La déchéance n'intéresse que la société et le souscripteur dans leurs rapports réciproques. Le dommage que l'insolvabilité du souscripteur peut entraîner pour la société, les actionnaires et les créanciers est indépendant des conséquences que cette insolvabilité peut avoir sur les droits du souscripteur.

¹ SCHUCANY, n. 9 ad art. 753.

² SCHUCANY, n. 9 ad art. 753.

Mais s'il serait erroné de faire dépendre l'action de l'art. 753, ch. 3 de la déchéance de l'art. 681, on ne saurait se contenter, pour établir l'insolvabilité du souscripteur, d'un simple refus de libérer les actions souscrites. L'obtention d'un acte de défaut de biens consécutif à des poursuites engagées par la société pourra seule faire constater l'insolvabilité. Seules des poursuites menées jusqu'au bout établiront que le souscripteur est réellement dans l'impossibilité de tenir son engagement. Le dommage ne devient effectif en effet qu'au moment où la société est impuissante à obtenir un paiement. D'autre part, l'insolvabilité n'est décisive que dans la mesure où elle empêche le souscripteur de répondre à un appel à verser. Peu importe que le souscripteur ait été insolvable au moment où il a contracté son engagement, si, revenu dans la suite à meilleure fortune, il peut s'exécuter au moment où il est invité à libérer. Mais l'introduction de poursuites et leur continuation vont dépendre uniquement de la diligence de l'administration. Sans doute les actionnaires peuvent-ils exiger de l'administration qu'elle prenne les mesures nécessaires. Les créanciers, en revanche, seront dans l'impossibilité d'y veiller personnellement et d'obtenir ainsi la réalisation d'une des conditions de leur action en responsabilité.

b) *L'insolvabilité existante lors de la souscription.* A supposer que l'administration introduise des poursuites et les continue jusqu'à obtenir un acte de défaut de biens, cet acte de défaut de biens prouvera sans doute que le souscripteur n'est pas en mesure de s'acquitter. Il ne sera cependant pas établi pour autant qu'au moment où la souscription a été acceptée, le souscripteur était *déjà insolvable*; or la responsabilité des fondateurs n'est engagée que dans la mesure où l'insolvabilité existait lors de la souscription. Suivant les circonstances, le demandeur se heurtera à des difficultés sérieuses, lorsqu'il aura à établir qu'insolvable au moment d'*exécuter* son engagement, le souscripteur l'était déjà au moment où il a *contracté* cet engagement. Sans doute peut-il se trouver que le souscripteur ait toujours été un insolvable notoire. La preuve incombant au demandeur en sera facilitée d'autant. Mais il est peu probable que les fondateurs recourent jamais à des auxiliaires par trop marqués. Ils auront soin de s'assurer le concours de personnes neutres,

peu connues et dont tout le monde ne saura pas qu'elles sont insolvables. Ainsi, pour peu que les fondateurs apportent une certaine prudence à choisir leurs officieux, il sera fort difficile d'établir que l'insolvabilité qui empêche le souscripteur de libérer n'est pas intervenue après qu'il a contracté son engagement.

c) *La connaissance de l'insolvabilité.* A supposer enfin que le lésé qui a réussi à établir l'insolvabilité du souscripteur ait réussi également à prouver que cette insolvabilité préexistait à la souscription, il lui restera encore à démontrer que les fondateurs connaissaient la situation du souscripteur dont ils ont concouru à faire accepter la souscription. L'art. 753, ch. 3 exige en effet que les fondateurs aient sciemment concouru à faire accepter la souscription d'un insolvable. La notion d'*acte conscient*, mise en œuvre par cette disposition, n'est pas nouvelle. On la trouvait déjà aux art. 671 et 672 anciens qui statuaient la responsabilité des fondateurs et celle des auteurs du prospectus pour le dommage qu'ils avaient causé en donnant sciemment des indications fausses. L'acte conscient au sens des art. 671, 672 anciens et 753, ch. 3, se distingue à la fois de l'acte commis intentionnellement ou par négligence, au sens des art. 41 et 753, ch. 1 et 2, et de l'acte « voulu sciemment » tel que le manquement volontaire à leurs devoirs, qui, sous l'ancien droit, conditionnait l'action dirigée par les actionnaires ou les créanciers contre les administrateurs ou les contrôleurs ¹. Le manquement volontaire supposait une double conscience : celle de la violation des devoirs incombant à son auteur et celle du caractère dommageable de la violation de ces devoirs ². L'acte conscient, en revanche, suppose seulement chez son auteur la conscience de l'illicéité de son acte. La conscience exclut la négligence ³, mais elle n'implique pas que l'auteur de l'acte se rende compte des conséquences dommageables de son acte ⁴. En d'autres termes et pour que leur responsabilité soit engagée au sens de l'art. 753, ch. 3, les fondateurs doivent avoir su qu'un ou plusieurs

¹ BACHMANN, n. 5 ad art. 671.

² Arrêt BÉRARD & CONSORTS c/ AUCKENTHALER & CONSORTS, A.T.F. 46 II 353; J.T. 1921, p. 201-202.

³ Arrêts BRIENZ-ROTHORNBACH c/ VEST-ECKEL & Co, A.T.F. 21 565; MULLER-WIDMER c/ HOFER, A.T.F. 28 II 103; BACHMANN, n. 5 *in fine* ad art. 671.

⁴ WILDI, p. 77.

souscripteurs étaient insolvable. Il n'est pas suffisant qu'ils aient pu le savoir, mais il n'est pas nécessaire qu'ils aient voulu le dommage que l'acceptation de ces souscriptions pouvait entraîner.

* * *

En résumé, pour qu'une action basée sur l'art. 753, ch. 3 aboutisse, le demandeur devra établir, par un acte de défaut de biens que le souscripteur est insolvable, établir, d'autre part, que cette insolvabilité préexistait à la souscription et établir enfin que les fondateurs connaissaient cette insolvabilité. Rares seront sans doute les cas où ces conditions seront aisément remplies ^{1 2}.

¹ A noter que sous l'ancien droit, BRAUEN, p. 14, considérait déjà que la souscription d'un insolvable engageait la responsabilité des fondateurs. Le Code de 1881 ne contenant pas de disposition comparable à l'art. 753, ch. 3, BRAUEN s'appuyait sur l'art. 671, ch. 3 ancien, qui visait le fait de faire inscrire la société sur le registre du commerce en vertu d'une attestation ou d'un acte contenant des assertions mensongères.

² A la souscription par un insolvable, il faut assimiler la souscription par un incapable. Le défaut d'exercice des droits civils a en effet les mêmes conséquences que l'insolvabilité. L'engagement assumé par le souscripteur reste lettre morte et la société ne peut disposer des fonds sur lesquels elle comptait. Les fondateurs qui connaissaient l'incapacité du souscripteur et ne se sont pas opposés à l'acceptation de sa souscription répondent du dommage qu'ils causent. Il doit en être de même à l'égard de la souscription d'une femme mariée que son régime matrimonial empêche de s'engager par sa seule signature.

CHAPITRE X

LA FONDATION POSTÉRIEURE

Nous entendons par fondation postérieure (*«Nachgründung»*) toute opération ayant pour effet d'éluder l'application des dispositions sur la fondation qualifiée par la voie de la vente à la société, immédiatement après l'inscription, d'établissements ou d'autres biens.

85. L'ARRÊT WILLI c/ HEINEMANN. — Le Tribunal fédéral rendit en 1932, dans la cause WILLI c/ HEINEMANN, un arrêt ¹ qui souleva d'assez vives critiques. Heinemann était actionnaire d'une société Amak. La société Amak avait été fondée par trois fondateurs qui en étaient devenus les seuls actionnaires après avoir libéré en espèces 20 % de leurs souscriptions. L'un des actionnaires vendit à la société, avant qu'elle fût inscrite au registre du commerce, des brevets et des droits de priorité évalués à 100.000 francs. Le vendeur compensa sa créance avec le solde que les trois actionnaires avaient encore à libérer. La société tombée en faillite, Willi, cessionnaire de la masse, réclama à Heinemann le versement en espèces du solde de sa souscription.

Loin de disposer du capital qu'annonçaient les statuts, la société Amak avait ainsi commencé son existence sociale avec un patrimoine composé pour les quatre cinquièmes d'éléments d'une valeur incertaine. — En fait les brevets et les droits cédés avaient été surévalués, comme la faillite survenue peu de temps après la fondation, devait le prouver. — Les fondateurs auraient eu le devoir d'indiquer dans les statuts que le capital social serait

A.T.F. 58 II 151; J.T. 1933, p. 174 s.

composé dans sa plus grande partie de biens immatériels et non pas d'espèces apportées par les actionnaires. Le Tribunal fédéral, cependant, considérant que la compensation opérée par le vendeur entre sa créance et le solde à libérer n'était pas interdite par la loi, admit que l'obligation qu'Heinemann avait assumée en souscrivant avait été valablement exécutée et que sa dette envers la société était éteinte. Le Tribunal fédéral reconnaissait sans doute que la combinaison conçue par les actionnaires de la société Amak avait pour effet de tourner les dispositions sur la fondation qualifiée mais il estimait que c'était au législateur et non pas au juge qu'il incombait de résoudre le problème de la fondation postérieure. Le Tribunal fédéral concédait avec KARL WIELAND que, faute de prescriptions sur la fondation postérieure, les précautions dont le législateur entoure la fondation avec apports en nature n'avaient pas plus d'effet qu'un « coup d'épée dans l'eau »¹. Il ne pensait pas cependant pouvoir supléer le législateur.

Cet arrêt provoqua une manière de scandale. Ses considérants furent vigoureusement critiqués. WOLF en tira la conclusion que les dispositions sur la fondation qualifiée étaient insuffisantes et le resteraient même après introduction dans la loi de prescriptions calquées sur les dispositions du droit allemand réglant la fondation postérieure², ou statuant le blocage des actions tel qu'il était prévu à l'art. 637 du Projet du Conseil fédéral. WOLF remarquait judicieusement que ce n'est pas en multipliant les impératifs légaux qu'on arriverait à un résultat satisfaisant, mais bien en modifiant l'interprétation des dispositions en vigueur. Il allait même jusqu'à préconiser, à la charge du souscripteur, une sorte de responsabilité à raison du risque créé, jusqu'à concurrence du montant de sa souscription et quel qu'ait été le mode de libération. GUHL, de son côté et sans entrer dans le détail du problème, critiquait l'esprit de l'arrêt et estimait que, devant le silence de la loi, il incombait au juge d'in-

¹ KARL WIELAND, *Handelsrecht*, II, p. 69, note 15.

² WOLF, S.A.G. V, p. 76 s. Les art. 207 et 208 H.G.B. soumettaient à un traitement spécial l'acquisition par la société, dans les deux ans qui suivaient son inscription, d'établissements devant servir d'une manière durable à l'exploitation des affaires sociales, ou d'autres biens immobiliers, lorsque leur prix dépassait 100 % du capital social.

tervenir énergiquement et d'empêcher que les dispositions sur la fondation qualifiée fussent éludées ¹.

Le Tribunal fédéral semble n'être pas demeuré insensible à ces critiques et, dans l'année qui suivit, amené à examiner derechef, dans l'affaire BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN, le problème de la fondation postérieure, il modifiait du tout au tout la position qu'il venait de prendre ².

86. L'ARRÊT BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN. — Thalberg et Kahn avaient fondé une société, la Piag, au capital de 500.000 francs. Sur la base d'une attestation délivrée par une banque, les fondateurs constatèrent que le capital était entièrement libéré. En réalité, la banque s'était contentée de créditer la Piag de 500.000 francs, tandis qu'elle débitait simultanément de la même somme la banque viennoise instigatrice de l'opération, et dont Thalberg et Kahn n'étaient que les hommes de paille. Le jour même de la fondation, le Conseil d'administration décidait l'achat, pour 450.000 francs, d'un terrain pétrolifère qui appartenait pour moitié à la banque viennoise. En paiement du terrain, les vendeurs reçurent des actions de la Piag, comptées à leur valeur nominale. Ces actions furent immédiatement revendues à des particuliers. Le capital souscrit n'avait été ainsi nullement libéré en espèces. Les vendeurs du terrain avaient au contraire compensé leur créance avec le solde à libérer sur les actions qu'ils avaient reçues en paiement. Considérant que l'opération se qualifiait comme une reprise de biens, le Tribunal fédéral jugea que cette reprise eût dû être mentionnée dans les statuts, conformément à l'art. 619 ancien. L'achat du terrain avait, en effet, été décidé avant l'inscription de la société au registre du commerce. Aux termes de l'art. 623, 3^e al. ancien, la société ne pouvait, avant d'avoir acquis la personnalité juridique, reprendre des établissements ou autres biens qu'en observant les formalités prévues à l'art. 619. L'arrêt WILLI c/ HEINEMANN exprimait, il est vrai, l'avis qu'il importait peu que l'achat fût conclu avant l'inscription, pourvu que l'assemblée eût constaté que le capital était sous-

¹ GUHL, Z.B.J.V. 69, p. 475.

² A.T.F. 59 II 434; J.T. 1934, p. 170 s. (résumé incomplet).

crit et libéré¹. Mais le Tribunal fédéral se voyait contraint d'abandonner cette opinion. C'est l'inscription qui est déterminante, déclarait-il, et non pas la constatation que le capital est souscrit et libéré. Cela ne signifiait pas, d'ailleurs, que toute acquisition opérée après l'inscription échappât à la qualification de reprise de biens. Au surplus, ajoutait le Tribunal fédéral, le fait que l'absence de toutes dispositions sur la fondation postérieure, comparables aux prescriptions de la loi allemande, permît de tourner les règles sur la fondation avec apports en nature, ne devait pas empêcher leur application lorsqu'elles étaient non pas tournées mais violées, comme c'était le cas en l'espèce. Le danger que la surévaluation des apports et des reprises de biens constitue pour les souscripteurs qui libèrent en espèces, pour les actionnaires qui acquièrent leurs titres au cours de l'existence sociale, et pour les créanciers, justifiait la plus grande sévérité de la part des tribunaux.

87. LES « PRINCIPES » DE L'OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE. LA DÉCISION BUSS S. A. — Si le Tribunal fédéral a été lent à réagir contre la fondation postérieure, on constate en revanche que l'Office fédéral du registre du commerce s'est employé assez rapidement à lutter contre les abus qu'elle recélait.

La circulaire que nous avons déjà citée², développant les « *Principes selon lesquels l'Office fédéral du registre du commerce applique les prescriptions de l'art. VI, ch. 7 de l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919, modifiant et complétant les dispositions du Code des obligations* » précisait qu'il fallait entendre par « *apports ne consistant pas en espèces* » au sens de l'art. VI, ch. 7 de cet arrêté, non seulement les apports en nature proprement dits, mais également les « *établissements ou autres biens que la société doit prendre à sa charge lors de la fondation ou à l'occasion de l'augmentation de son capital* ». Aux termes de cette circulaire, les acquisitions même postérieures à la fondation devaient être mentionnées dans les statuts et au registre du commerce, lorsque le but poursuivi par la fondation ou l'augmentation du capital

¹ A. T. F. 58 II 156.

² Voir n° 42 ci-dessus.

était « en corrélation avec l'acquisition de la chose ». Pour l'Office fédéral, en effet, l'acquisition ne pouvait être considérée comme parfaite qu'après que l'inscription au registre du commerce eut conféré à la société la qualité de sujet de droit et la capacité d'effectuer des actes juridiques. Dès lors, semblait penser l'Office fédéral, puisque de toute façon l'acquisition ne peut avoir lieu qu'après l'inscription, il n'y a pas de raison de faire une différence entre les contrats de reprises conclus, sinon exécutés, pendant la période constitutive, et ceux qui ne le sont qu'après l'inscription.

Dans une décision rendue le 28 juillet 1920 et motivée d'ailleurs d'une façon sommaire, le Département fédéral de justice et police fit sienne l'interprétation préconisée par l'Office fédéral du registre du commerce¹. Conformément aux dispositions de l'arrêté du 8 juillet 1919, le registre du commerce avait exigé d'une société BUSS S. A., qui reprenait avec actif et passif un commerce de vins exploité par une entreprise individuelle, qu'elle fît inscrire et publier la date du contrat de reprise, le prix de la reprise, le montant de l'actif et du passif et le nombre des actions remises en paiement, ainsi que le nom de leurs titulaires. La société avait recouru contre cette décision, en faisant valoir que l'opération n'était pas une reprise de biens au sens de l'art. 619 ancien, puisque le prix avait été payé comptant au moyen des fonds versés par les actionnaires. La recourante alléguait que lorsqu'une société acquérait, au moyen du capital versé, certains établissements ou autres biens immédiatement après sa constitution ou plus tard, cette acquisition faisait partie de la gestion courante et, comme telle, n'était pas soumise à publication. — Considérant que les dispositions de l'art. VI, ch. 7 de l'arrêté du 8 juillet 1919 visaient à assurer, dans les cas de fondation qualifiée, une publicité plus étendue que celle qui était prescrite par le droit antérieur, le Département fédéral de justice et police rejeta le recours. Qu'il s'agît d'apports en nature ou de biens repris par la société lors de la fondation ou d'une augmentation de capital, les statuts et l'inscription au registre du commerce devaient, estimait le Département, contenir les mêmes indications.

¹ BURCKHARDT, vol. III, 1522, I.

88. L'ATTITUDE DE LA DOCTRINE. — L'arrêt WILLI c/ HEINEMANN, que nous avons brièvement résumé au début de ce chapitre, constitue une excellente illustration de la passivité dont la doctrine a été longtemps frappée devant le problème de la fondation postérieure¹. Il est d'ailleurs curieux de remarquer que, malgré sa fréquence signalée par la doctrine elle-même, la fondation postérieure n'a, durant de longues années, fait l'objet d'aucune étude spéciale.

Le problème cependant n'était pas ignoré et, dès 1903, il est effleuré par divers auteurs. Tous néanmoins, paralysés semble-t-il par la comparaison qu'ils établissent entre les dispositions de la loi allemande sur la fondation postérieure et le silence du législateur suisse, prennent sereinement leur parti des lacunes que notre droit semblait présenter sur ce point. C'est ainsi que REHFOUS, qui a une vision exacte de la fonction des dispositions sur la fondation qualifiée², se rend parfaitement compte que « ceux qui projettent une escroquerie au préjudice des souscripteurs » attendent que la société ait été inscrite pour mettre leurs projets à exécution et lui céder des biens à un prix surfait, sous le couvert d'un vulgaire contrat de vente³. Il admet cependant sans discussion que l'art. 619 ancien ne peut s'appliquer à la fondation postérieure. Cette disposition, à ses yeux, ne viserait « en aucune façon les acquisitions qui absorbent une forte proportion du capital de fondation et qui interviendraient dans un temps relativement court après la création de la société »⁴.

¹ Un arrêt du Tribunal fédéral non publié, STENGLE c/ BANQUE POPULAIRE SUISSE, du 20 mars 1934 (*J.T.* 1934, p. 275), est un autre exemple de cette passivité. — Il faut signaler cependant la réaction esquissée en 1907 déjà par SILBERNAGEL (p. 355), contre les abus que recèlent les augmentations de capital suivant immédiatement la fondation. A une époque où on hésitait à appliquer à l'augmentation de capital les dispositions sur la fondation, faute d'une règle expresse exigeant comme l'art. 650, 2^e al. l'observation de ces dispositions, SILBERNAGEL préconisait cette similitude de traitement afin d'empêcher qu'on recourût à l'augmentation de capital pour transférer à la société la propriété d'établissements ou d'autres biens sans les indiquer dans les statuts.

² « Pour éviter une *majoration d'apports* au préjudice des actionnaires et des tiers, le C.O. exige, art. 619, ... » (*Z.S.R.* 23, p. 573). Cette explication du but de l'art. 619 ancien atteste que REHFOUS ne tombait pas dans l'erreur de FÉLICE, lequel n'attribue qu'un effet formateur à la mention des apports et des reprises dans les statuts (voir n^o 7 ci-dessus et n^o 89 ci-dessous).

³ *Z.S.R.* 23, p. 574.

⁴ *Z.S.R.* 23, p. 579.

BACHMANN, lui, écrit que « si la société est déjà inscrite au moment où de telles conventions (conventions de reprises de biens) sont passées, on ne pourra parler ni de fondations par apports ni de fondations par cession d'entreprise »¹. Le même auteur estime que l'art. 619 ancien devrait être appliqué chaque fois qu'une entreprise individuelle ou une société en nom collectif est transformée en société anonyme et qu'il est fait apport à la nouvelle société de l'actif et du passif de l'entreprise ou de la société en nom collectif. Mais la « pratique des affaires » aurait introduit des accommodements avec la loi. On se contenterait de fonder la société et de l'inscrire au registre du commerce, puis de lui faire racheter les immeubles et autres biens de l'ancienne entreprise. « Il n'y a sans doute, dit BACHMANN, au point de vue juridique, rien à critiquer contre cette pratique, dont le résultat est cependant d'éluder les prescriptions indiquées à l'art. 619 lorsque la décision prise à ce sujet a lieu après constitution et inscription de la société, c'est-à-dire après que l'on a accompli les prescriptions des art. 619 à 623. Mais la pratique suivie en matière de constitution de sociétés anonymes... admet ce procédé comme licite, pourvu que la décision sur la rachat de l'entreprise précédente soit prise une fois qu'il a été procédé aux constatations exigées par l'art. 618, en ce qui concerne la souscription du capital social et le versement légal, mais non après l'inscription de la société au registre du commerce »². BACHMANN reconnaît que « c'est là une interprétation abusive de l'art. 619 ». Il est vrai qu'à ses yeux l'abus réside moins dans le fait d'éluder les dispositions impératives de l'art. 619 ancien, que dans celui que la société « non encore inscrite et par conséquent inexistante et incapable de contracter, conclut des contrats d'achat et d'échange, acquiert des droits, assume des obligations et fait ainsi preuve d'existence ». En d'autres termes, BACHMANN est moins scandalisé de voir les actionnaires et les créanciers sociaux exposés aux spéculations dangereuses des fondateurs que de constater que la « pratique des affaires » feint d'ignorer la théorie de l'effet créateur de l'inscription au registre du commerce.

¹ BACHMANN, n. 5 ad art. 619.

² BACHMANN, n. 2 ad art. 619.

Pour WIELAND, la fondation postérieure n'est en réalité qu'un contrat analogue en tout point aux contrats que la société conclura au cours de son existence¹. Alors que le critère qui permet de reconnaître un apport en nature demeure apparent, quel que soit le moment où l'apport est effectué — ce critère consistant dans la remise d'actions en échange des biens apportés —, la reprise de biens ne se différencie des autres contrats conclus par la société, que par le *moment* où elle est décidée, la reprise de biens étant définie sommairement comme un contrat qui engage la société dès avant son inscription. Pour peu qu'on retarde sa conclusion jusqu'après l'inscription, le caractère spécifique de la reprise de biens disparaît et l'on n'est plus en présence que d'un vulgaire contrat de vente, sur lequel les dispositions relatives à la fondation qualifiée sont sans effet.

FÉLICE, de son côté, prenant prétexte d'une décision d'espèce, évidemment maladroite dans ses considérants, s'est élevé contre l'interprétation préconisée par l'Office fédéral du registre du commerce². Cette décision avait été rendue par le Département fédéral de justice et police sur le recours de la société « LES COURETTES », qui avait pour but social « l'achat, la location, l'exploitation de tous immeubles ». Cette société avait été fondée spécialement en vue de l'acquisition d'un immeuble clairement désigné dans les statuts, et qui allait être vendu aux enchères dans une poursuite en réalisation de gage. Il était évidemment impossible de mentionner dans les statuts le prix de la reprise, puisque ce prix ne devait être déterminé que par les enchères. L'Office fédéral du registre du commerce considéra néanmoins que l'indication du prix était exigée par la loi pour toutes les reprises de biens et décida que si les fondateurs n'étaient pas en mesure de satisfaire à cette condition, il fallait renvoyer la fondation jusqu'au moment où le prix serait connu. Saisi sur recours de la société, le Département autorisa l'inscription en admettant qu'il n'y avait reprise de biens que dans le cas où les fondateurs concluaient, avant la fondation de la société,

¹ Z.S.R. 42, p. 24a s.

² FÉLICE, Z.S.R. 42, p. 199a. La décision, qui est du 9 janvier 1923, a été publiée dans S.J.Z. 22, p. 8. BURCKHARDT la cite, vol. III, 1522, IV *in fine*. Dans le même sens, voir décision du Département fédéral de justice et police du 18 juillet 1923 dans l'affaire CARDINAL S. A., BURCKHARDT, vol. III, 1522, IV.

avec des tierces personnes et pour la société, un contrat de reprise de biens, de telle façon que la société naissait pourvue de ces biens ou d'un droit à les obtenir.

Nous avons déjà vu ci-dessus ¹ combien les motifs de cette décision étaient peu satisfaisants et comment on eût pu justifier plus heureusement une autorisation qui s'imposait. La définition de la reprise de biens adoptée par le Département surprend, d'autre part, quand on la compare à la position prise par le même Département quelque temps auparavant dans l'affaire BUESS S. A. Quoi qu'il en soit, et bien que cette nouvelle définition restreignît considérablement le champ d'application des dispositions sur la fondation qualifiée, tel qu'il était délimité par les « *Principes* », elle est encore trop vaste aux yeux de FÉLICE dans la mesure où une simple promesse de vente (... « de telle façon que la société naisse pourvue de ces biens ou *d'un droit à les obtenir...* ») en faveur de la société « est sujette à la procédure établie par l'art. 619 et doit dès lors être acceptée de toute nécessité déjà au cours de la période de fondation et avant l'inscription de la société au registre du commerce ». La société, observe notre auteur, peut avoir intérêt à différer sa décision. Une promesse de vente unilatérale lui donnerait précisément la possibilité de ménager l'avenir. On ne voit pas pourquoi, continue-t-il, « une société inscrite, pourvue de ses organes responsables à la fois vis-à-vis d'elle-même et vis-à-vis des actionnaires individuellement, capable de s'engager moyennant observation des dispositions statutaires, ne pourrait pas... se prononcer sur l'acceptation » d'une promesse de vente antérieure à sa fondation, comme elle le ferait sur l'acceptation de tous contrats qui lui seraient proposés dans la suite ². Il conclut que seule l'existence d'un engagement réciproque entre tiers et fondateurs agissant au nom de la société, peut constituer une reprise de biens.

Les critiques de FÉLICE nous paraissent mal fondées. On ne voit pas pourquoi, en effet, la mention d'une promesse de vente dans les statuts présuppose l'acceptation de cette promesse de vente. Rien n'empêche les fondateurs d'indiquer

¹ N° 42.

² FÉLICE, Z.S.R. 42, p. 205a.

dans les statuts que la société est au bénéfice d'une promesse de vente dont il lui appartiendra d'exiger ou de ne pas exiger l'exécution selon qu'elle l'entendra. Une telle mention n'engage pas la société mais répond néanmoins au but de l'indication statutaire de la reprise de biens, soit d'informer les intéressés de l'affectation actuelle ou probable des fonds souscrits. Au surplus, nous verrons ci-dessous en examinant plus en détail les principes dégagés par l'arrêt BÉTHUSY, et contenus déjà au moins implicitement dans la décision BUESS S. A., à quel résultat absurde on fût arrivé si on avait admis que seuls les contrats *conclus* avant la fondation, au sens de la décision LES COURRETTES, constituaient une reprise de biens soumise aux formalités des art. 619 ancien ou 628.

SCHULTHESS, quant à lui, étudie la fondation avec apports dissimulée, sous les différents aspects qu'elle peut revêtir, et il recherche dans quelle mesure le droit positif permet de lutter contre les combinaisons variées auxquelles recourent les fondateurs. Son opinion manifeste sans doute plus d'indépendance que celles que nous avons rappelées ci-dessus. Il réussit à s'émanciper dans une certaine mesure du formalisme qui a dominé si longtemps l'interprétation des dispositions sur la fondation qualifiée. Il n'arrive pas cependant à se dégager complètement de formules trop rigides. Il cherche trop exclusivement à s'appuyer sur les principes généraux et à ramener les diverses formes de dissimulation qu'il rencontre, à des exceptions de droit commun telles que la simulation ou la fraude à la loi, sans parvenir à considérer pour lui-même le système des règles applicables à la fondation. Remarquant en premier lieu que la fondation avec apports dissimulée suppose chez les intéressés la volonté concordante de ne pas libérer en espèces les actions souscrites, mais bien de remplacer cette libération par l'apport de biens en nature, il constate que la fondation en espèces, derrière laquelle les fondateurs cachent la fondation avec apports, est simulée¹. Si on définissait la fondation comme la conclusion d'un contrat de société, cette simulation tomberait sous le coup de l'art. 18 C.O. Mais, remarque SCHULTHESS, les règles sur la simulation ne peuvent être invoquées sous l'empire d'une légis-

¹ SCHULTHESS, p. 36 et s.

lation qui, comme la nôtre, rejette la théorie du contrat de société.

Analysant alors les dispositions applicables à la fondation, notre auteur croit pouvoir constater que les unes ne s'appliquent qu'à la reprise de biens qu'on pourrait appeler normale, c'est-à-dire conclue avant l'inscription au registre du commerce, tandis que d'autres pourraient permettre d'atteindre également la fondation postérieure. Il examine alors si la nature même de la fondation postérieure nécessite l'application des dispositions sur la fondation qualifiée ¹. Après avoir rappelé que les dispositions sur la reprise de biens n'ont d'autre but que d'empêcher qu'on élude les règles sur les apports en nature, notre auteur remarque que les dispositions sur la reprise de biens ont précisément été promulguées par les législations qui ont abandonné la théorie du contrat de société. Il en déduit que les dispositions sur la reprise de biens ont pour objet de suppléer les règles sur la simulation, inapplicables. Ainsi, que la conclusion de ce qu'il appelle le contrat de dissimulation d'apports — soit la convention par laquelle la société acquiert des établissements ou autres biens, dont il est entendu que le prix sera compensé avec le solde à libérer sur les actions — ait eu lieu avant ou après l'inscription de la société au registre du commerce, la fondation avec apports dissimulée derrière une prétendue fondation en espèces doit entraîner l'application des dispositions sur la fondation qualifiée.

Si nous ne pouvons pas approuver sans réserve l'argumentation de SCHULTHESS, du moins aboutit-elle jusqu'ici à une conclusion, à laquelle nous pouvons nous rallier. Mais son point de départ, la simulation, et le rôle second qu'il assigne aux dispositions sur la reprise de biens, suppléant les règles sur la simulation, l'amènent à restreindre d'une manière regrettable l'application du principe qu'il vient de formuler : Lorsque les souscriptions en espèces ont été libérées totalement ou partiellement et que l'acquisition des établissements ou autres biens a été opérée par l'administration après l'inscription de la société au registre du commerce, il n'y aurait plus lieu d'observer les dispositions sur la fondation qualifiée ².

¹ SCHULTHESS, p. 48 et s.

² SCHULTHESS, p. 55 s., voir aussi p. 100 s.

Dans une telle éventualité, en effet, la souscription en espèces répondrait à la volonté réelle des souscripteurs et on ne saurait parler de simulation. Sans doute, notre auteur est-il contraint de reconnaître implicitement que la souscription et la libération en espèces, même lorsqu'elles ont été voulues par les parties, peuvent recéler l'intention de tourner les dispositions sur la fondation qualifiée, mais, écrit-il, les tendances actuelles du droit interdisent qu'on tienne compte des motifs qui déterminent telle personne à accomplir tel acte juridique ¹. Les intéressés ayant voulu réellement la libération en espèces, on ne peut plus, même si cette libération n'est que partielle, faire application des dispositions sur la fondation qualifiée ².

89. LES ERREURS DE LA DOCTRINE. — Cette rapide revue de la doctrine nous permet de mettre en évidence les deux facteurs qui, pendant longtemps, ont entravé l'application à la fondation postérieure des dispositions sur la fondation qualifiée; ces deux facteurs étant, d'une part, une définition trop formaliste de la reprise de biens et, d'autre part, une méconnaissance grave du rôle des dispositions sur la fondation qualifiée, plus spécialement de l'indication imposée par la loi de la reprise de biens dans les statuts.

On a souvent déploré que le système de ces dispositions fût incomplet. La doctrine et les tribunaux ont incriminé le législateur, lui reprochant de n'avoir pas sur ce point mené son œuvre à chef et opposant la simplicité presque sommaire des dispositions de la loi suisse aux prescriptions notablement plus détaillées

¹ SCHULTHESS, p. 73. Sur la fraude à la loi dans la fondation qualifiée, et l'exclusion de la considération des motifs d'un acte donné, voir WEHRLI, p. 22, et JUCKER, *S.J.Z.* 29, p. 129, note 49.

² Cette rapide revue de la doctrine ne serait pas complète si on ne mentionnait par l'article de JUCKER déjà cité, *S.J.Z.* 29, p. 125 s. JUCKER, qui s'inspire principalement d'A. WIELAND, estime qu'on peut en droit suisse éviter l'application des dispositions sur la fondation qualifiée, en recourant à la fondation postérieure. Cette opération ne constituerait pas une « élision inadmissible » des prescriptions légales. En revanche, il préconise *de lege ferenda* l'introduction dans la loi d'une disposition nouvelle, inspirée du droit allemand et soumettant à l'approbation de l'assemblée générale les actes juridiques conclus dans les deux années qui suivent la fondation, à mesure que ces actes ont pour objet l'acquisition d'une « valeur patrimoniale essentielle pour l'exploitation des affaires sociales » (p. 130, note 59). Voir aussi FÉLICE, *Z.S.R.* 42, p. 197a et page 141, note 2, ci-dessus.

du droit allemand. C'est à peine si l'on n'a pas qualifié les premières d'indigentes, sans se demander si les méthodes de ces deux législations n'étaient pas différentes. Le seul remède qu'on ait proposé était l'introduction dans le Code de dispositions calquées sur le modèle allemand ¹.

En réalité, la faute n'a pas été au législateur mais bien à la doctrine, trop facilement disposée à admirer la solution d'une législation « scientifique ». La loi suisse, systématiquement opposée aux définitions légales, n'en donne aucune de la reprise de biens, laissant comme dans d'autres domaines, aux tribunaux et à la doctrine, le soin de dégager les contours de cette notion. Si, pendant longtemps, doctrine et tribunaux, faute d'avoir compris la fonction des dispositions sur la fondation qualifiée, se sont montrés trop timorés dans la définition qu'ils donnaient de la reprise de biens, le législateur n'en est certainement pas responsable. On ne peut lui reprocher davantage l'erreur commise par les partisans de la théorie du pouvoir d'action ², dont le représentant le plus convaincu est FÉLICE. Ce dernier qui, de tous les auteurs que nous avons cités, donne à la notion de reprise de biens le contenu le plus étroit, est précisément celui qui se méprend le plus complètement sur la fonction des normes sur la fondation qualifiée. Non content de vouloir « limiter l'application des dispositions légales sur la reprise de biens au cas où il y a convention bilatérale ferme », il préférerait encore à cette concession qu'il ne formule qu'à titre subsidiaire, voir « disparaître du Code l'institution de la reprise de biens, sauf à réserver le cas où la société trouverait son intérêt à statuer sur une reprise de biens déjà pendant la période constitutive ». Il ajoute que cette « disparition » ne lui causerait « aucune crainte ». Que l'optimisme de FÉLICE ne soit pas justifié, les quelques arrêts rendus par le Tribunal fédéral en matière de fondation postérieure suffisent à l'établir. Mais l'erreur de FÉLICE nous paraît instructive moins dans son appréciation des dangers que peut comporter la fondation qualifiée, que dans sa méconnaissance de la fonction de l'art. 628 — ou de la règle correspondante du Code de 1881. Vouloir maintenir dans la loi l'institution de la reprise de biens

¹ Voir page 151, note 2.

² Voir n° 7 ci-dessus.

pour le seul cas où la société peut trouver avantage à se lier avant l'inscription au registre du commerce, c'est manifester clairement qu'on n'accorde qu'une portée formatrice à la mention de la reprise dans les statuts. L'indication statutaire de la reprise n'aurait ainsi pas d'autre objet que de permettre à la société de s'engager dès la période constitutive, alors que normalement elle devrait attendre que l'inscription au registre du commerce lui ait fait acquérir la personnalité juridique. Pour FÉLICE, l'indication de la reprise dans les statuts ne saurait avoir d'autre utilité. Il semble ignorer complètement le rôle protecteur assigné à cette formalité dans l'intérêt des actionnaires et des créanciers¹. On comprend mieux ainsi que l'interprétation du Département fédéral de justice et police, exigeant l'indication des promesses de vente en faveur de la société, lui paraisse inadmissible, la société devant dans son idée demeurer libre de faire usage ou non de la faculté de se lier dès la période constitutive.

Quant aux autres auteurs dont nous avons rappelé l'avis, leur faiblesse commune — FÉLICE la partage d'ailleurs avec eux — réside dans une conception trop formaliste de la notion de contrat de reprise. Il faut faire une exception en faveur de SCHULTHESS qui entrevoit ce que nous considérons comme la solution exacte mais qui est gêné par la fonction satellite qu'il attribue aux règles sur la reprise de biens. Tant REHFOUS et WIELAND que BACHMANN et FÉLICE veulent ne mettre en œuvre l'art. 619 ancien que lorsqu'un lien juridique unit la société en formation et le vendeur des biens à reprendre. Chaque fois que la société en formation n'est pas juridiquement engagée, ils estiment que les statuts n'ont pas à enregistrer des conventions qui, en droit, n'existent pas. Comme d'autre part, la société une fois inscrite peut procéder librement à l'acquisition des biens qu'elle entend, il n'y a pas lieu dans leur système de rendre les fondateurs responsables d'opérations librement décidées par les organes sociaux. La logique de cette conception est rigoureuse. Aussi bien, le problème est demeuré insoluble tant qu'on ne s'est pas décidé à abandonner l'idée qu'un contrat en bonne forme était la condition d'une reprise de biens. Le mérite d'avoir

¹ Sur l'effet formateur de l'indication statutaire, opposé au caractère impératif de l'art. 628, voir ci-dessus nos 7 et 8; voir aussi SIEGWART, n. 54 ad art. 628.

élargi la notion de reprise de biens revient au Tribunal fédéral, qui dans l'arrêt BÉTHUSY s'est résolument émancipé des limites où un formalisme excessif cantonnait l'application des normes sur la fondation qualifiée.

90. LA REPRISE DE BIENS DANS L'ARRÊT BÉTHUSY. — Nous avons donné ci-dessus un bref résumé de cet arrêt ¹. On se souvient que les fondateurs de la société en formation avaient décidé, avant même l'assemblée constitutive, l'achat d'un terrain pétrolier pour un prix qui devait absorber les neuf dixièmes du capital social. Sans doute, l'accord intervenu avec les vendeurs du terrain était-il demeuré purement verbal. On n'avait dressé ni acte authentique ni même une convention sous seing privé. Les vendeurs s'étaient contentés de confirmer l'entente conclue dans une lettre dont, à la demande expresse des fondateurs, ils avaient d'ailleurs retardé l'expédition jusqu'après l'inscription de la société au registre du commerce. L'extrême simplification des formes du transfert n'avait cependant nullement entravé la bonne fin de l'opération. La société était devenue propriétaire du terrain et les vendeurs avaient été payés en actions, qu'ils s'étaient empressés de revendre à de naïfs spéculateurs.

Le Tribunal fédéral eût-il mis en pratique les enseignements de la doctrine, qu'il n'eût pu que déclarer les dispositions sur la fondation qualifiée inapplicables à cette espèce. Juridiquement, en effet, la société comme telle n'était nullement engagée par l'accord verbal intervenu entre ses fondateurs et des tiers. L'entente sur le transfert du terrain n'était devenue parfaite formellement qu'au plus tôt après réception de la lettre des vendeurs, confirmant qu'ils étaient disposés à céder leurs droits aux conditions convenues, et acceptation tacite de cette offre. Dès lors, et toujours à la lumière des enseignements de la doctrine, c'étaient les organes de la société qui avaient conclu l'opération dans le cadre de leurs pouvoirs légaux et statutaires. Il n'y avait donc pas lieu de mettre les fondateurs en cause.

Le Tribunal fédéral ne se laissa pas abuser par ces objections trop habiles. Il admit comme constant que les parties s'étaient entendues définitivement dès avant l'assemblée constitutive et

¹ N° 85 ci-dessus.

qu'une « convention ferme » (*« feste Vereinbarung »*) les liait déjà au moment de l'accomplissement des formalités de la fondation proprement dite ¹. L'acquisition du terrain se qualifiait ainsi comme une reprise de biens, soumise aux prescriptions de l'art. 619 ancien.

Aux termes de cet arrêt, qu'on peut qualifier de révolutionnaire quand on le compare aux errements de la doctrine, la conclusion d'une convention en bonne forme ne constitue pas la condition de la reprise de biens. Un simple accord verbal, n'engageant pas juridiquement la société — les conventions de reprise non mentionnées dans les statuts sont nulles à l'égard de la société ² — suffit à rendre obligatoire l'application des dispositions sur la fondation qualifiée, pourvu qu'économiquement la situation soit telle qu'elle amène infailliblement la société à exécuter la reprise de biens ³. Peu importe que les fondateurs aient pris ou non le soin, une fois la société inscrite au registre du commerce, de donner une forme écrite à leur entente et d'en postdater la conclusion, dans le but de la faire apparaître comme postérieure à l'acquisition de la personnalité juridique par la société. Lorsqu'il appert que les fondateurs ont eu l'intention de ne recourir que fictivement à une fondation en espèces afin de dissimuler une fondation avec apports ou reprise, les contrats postiches qu'ils peuvent avoir conclus préventivement ne leur seront d'aucun secours ⁴.

L'élément déterminant est ainsi moins la perfection juridique des conventions passées par les fondateurs que l'inéluctabilité de fait de l'exécution de ces conventions. Il est notoire que dans de nombreux domaines où les intéressés tiennent à éviter l'observation de formalités gênantes mais nécessaires à la perfection de leurs accords, le respect de simples engagements verbaux, dépourvus de tout caractère obligatoire, n'est nullement exceptionnel. L'arrêt BÉTHUSY en fournit un exemple frappant. Le lendemain de l'inscription de la société au registre du commerce, ni celle-ci, ni les vendeurs du terrain n'eussent pu, en droit, exiger l'exécution de la convention intervenue au cas

¹ A.T.F. 59 II 448.

² Voir n° 98 ci-dessous.

³ A.T.F. 59 II 447.

⁴ Même sens, WEHRLI, p. 13.

où les vendeurs ou la société se fussent refusés à y procéder. La nullité de la convention n'a cependant nullement gêné son aboutissement.

Si on voulait ne considérer comme contrats de reprise de biens que les contrats conclus dans les règles et engageant juridiquement la société, on aboutirait à ce résultat paradoxal que seules les conventions mentionnées dans les statuts pourraient être retenues. Faute de mention dans les statuts, en effet, la société n'est pas liée. Cette interprétation de la notion de reprise de biens repose sur une pétition de principes; elle conduirait à la situation la plus incohérente, puisque pour décider si une acquisition doit être mentionnée dans les statuts, on rechercherait préalablement si elle lie la société, effet qu'elle ne peut avoir précisément qu'après l'indication dans les statuts ¹. Cela équivaudrait à rendre pratiquement nulle la portée des dispositions sur la fondation qualifiée, ou à tout le moins, à n'attribuer qu'un effet purement formateur à l'indication de la reprise dans les statuts, puisque l'observation des dispositions prévoyant cette indication dépendrait en fait de la libre appréciation des fondateurs ². Simultanément, on pourrait constater que les fondateurs n'hésitent nullement à contracter en leur nom personnel, voire à se contenter d'un simple *gentlemen agreement*, et ne pas obtenir moins facilement l'exécution par la société d'engagements juridiquement nuls ou ne liant au plus que les fondateurs eux-mêmes. Soit qu'ils se fassent nommer administrateurs ou qu'ils fassent nommer leurs créatures, soit simplement qu'ils prennent leurs dispositions pour être seuls en mesure de fournir à la société les immeubles, installations, titres, concessions, brevets ou autres droits qui lui sont indispensables pour exercer son activité, les fondateurs ne seront nullement embarrassés pour faire reprendre par la société des obligations qu'ils auront contractées en leur nom personnel ou pour lui faire exécuter des conventions ne l'engageant pas juridiquement. De toute façon, le résultat sera le même. Des accords dépourvus de toute sanction ou ne comportant aucune obligation pour la société et qui échapperaient ainsi à la nécessité d'une indication dans les sta-

¹ Même sens, SIEGWART, n. 27 et 52 ad art. 628; WEHRLI, p. 73, note 4.

² SIEGWART, n. 54 ad art. 628.

tuts, seront exécutés par elle avec la même rigueur que l'obligation la plus scrupuleusement conforme aux conditions légales. Ainsi, actionnaires et créanciers seraient parfaitement renseignés sur une acquisition qui, puisqu'elle est mentionnée dans les statuts, sera vraisemblablement exempte de toute surévaluation, tandis qu'ils ignoreront tout des opérations douteuses effectuées dans l'ombre. En outre, et c'est plus grave, ils seraient dépourvus de toute action en responsabilité contre les fondateurs, puisque de telles opérations ne se qualifieraient pas comme une reprise de biens, à mesure qu'elles ne constitueraient pas un « engagement réciproque », pour reprendre le critère proposé par FÉLICE.

En d'autres termes, si on ne veut pas se résoudre à priver de toute efficacité les prescriptions sur la fondation qualifiée, il importe, à l'exemple du Tribunal fédéral, d'admettre l'existence d'un contrat de reprise de biens chaque fois qu'on a la preuve d'une convention ferme entre les fondateurs et les tiers, quelle que soit la forme de cette convention et sans exiger qu'elle oblige juridiquement la société ^{1 2}.

91. LA FONDATION POSTÉRIEURE ET LA LIBÉRATION EFFECTIVE EN ESPÈCES. — L'arrêt BÉTHUSY tranche le problème de la fondation postérieure dans un de ses aspects : celui où l'acquisition des établissements ou autres biens, décidée avant l'inscription au registre du commerce, est accompagnée d'une libération

¹ Même sens, VON STEIGER, *Prüfung*, p. 25.

² WEHRLI (p. 80) croit pouvoir déduire d'un passage de l'arrêt BÉTHUSY que la conclusion après l'inscription, d'une reprise de biens qui n'était que projetée, échapperait à l'application des dispositions sur la fondation qualifiée. Le passage sur lequel il s'appuie (*A.T.F.* 59 II 447) énonce simplement que si « les prescriptions relatives à la reprise d'établissements ou d'autres biens peuvent être tournées lorsque les fondateurs ne stipulent qu'après l'inscription une reprise qu'ils avaient en vue déjà auparavant, ... cela ne doit pas empêcher l'application de ces prescriptions lorsqu'elles ne sont pas tournées mais violées ». WEHRLI conclut que, « selon toute apparence », le Tribunal fédéral ne considère pas une telle opération comme une violation de la loi. Cette interprétation nous semble dépasser considérablement le sens de l'arrêt. La constatation qu'une disposition légale peut être tournée ne signifie pas encore qu'il soit licite de tourner cette disposition. Au surplus la tendance générale de l'arrêt BÉTHUSY interdit absolument la déduction de WEHRLI, qui serait avec elle en opposition directe. Aussi bien, comment distinguer une reprise projetée d'une reprise convenue, lorsque la convention n'est pas écrite et qu'elle ne sera exécutée qu'après l'inscription, au même titre qu'une reprise projetée ?

en espèces simulée ¹. Qu'en est-il lorsque les souscripteurs versent intégralement en espèces le montant de leurs souscriptions et que, sitôt après l'inscription, l'administration affecte ces fonds ou une partie importante de ces fonds à une acquisition décidée dès avant la fondation ?

Nous avons vu que dans la décision BUSS S. A. ², le Département fédéral de justice et police avait considéré qu'une opération semblable constituait bel et bien une reprise de biens, soumise comme telle à l'application des dispositions sur la fondation qualifiée. Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur cet aspect de la question; mais dans une espèce assez récente, BOLLAG c/ MASSE EN FAILLITE « DIE DAME » A. G. ³, il a effleuré le problème et laissé entrevoir que la solution qu'il lui aurait donnée aurait été exactement à l'opposé de celle de la décision BUSS S. A., qu'il ne cite d'ailleurs pas.

92. L'ARRÊT BOLLAG. — Un commerçant, qui entendait remettre à une société anonyme fondée dans ce but l'entreprise individuelle qu'il exploitait, obtint d'une banque qu'elle créditât le compte de la société en formation d'une somme égale au capital social, par le débit d'un compte spécial qu'il s'était fait ouvrir et sur lequel il n'avait pas versé un centime. La société fut inscrite au registre du commerce. Immédiatement après son inscription, elle opéra une reprise « de fait » de l'entreprise individuelle, sans même qu'un contrat en bonne forme fût dressé. La banque débita le compte de la société de la même somme dont elle l'avait crédité, qu'elle vira au compte spécial. — L'instruction établit que jamais les souscripteurs, notamment le défendeur Bollag qui se refusait à libérer au bénéfice de la masse en faillite le montant de sa souscription, n'avaient eu l'intention d'effectuer leurs apports en espèces. Dès l'origine des pourparlers qui précédèrent la fondation, il avait toujours été entendu que le patrimoine social ne se composerait jamais que de l'entreprise individuelle. Le Tribunal fédéral en conclut que l'opération devait être considérée comme une fondation avec apports

¹ Ou plus exactement, partiellement simulée, puisque 20. % au moins des montants souscrits doivent être déposés à l'Office de consignation.

² Voir n° 87 ci-dessus.

³ A.T.F. 64 II 272; J.T. 1939, p. 6 s.

dissimulée, impliquant une violation des dispositions sur la fondation qualifiée.

BOLLAG avait soutenu que la fondation était une fondation en espèces ordinaire et que la société une fois inscrite au registre du commerce, l'assemblée générale avait décidé de reprendre l'entreprise individuelle, acquisition à laquelle il lui était loisible de consacrer tout ou partie du capital social. Selon BOLLAG, une telle opération n'eût rien présenté d'illicite. Le Tribunal fédéral n'admit pas cette argumentation. Pour que la « *Nachgründung* » invoquée par BOLLAG pût être considérée comme licite, il eût fallu à tout le moins qu'elle eût été précédée d'une libération en espèces « réelle et sérieuse » (« *eine ernstgemeinte Bargründung* »). Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque aucun des souscripteurs n'avait versé une somme quelconque et que la « libération » du capital, attestée par la banque, avait consisté en un simple jeu d'écritures, convenu d'avance entre les fondateurs.

Il semble ainsi que, pour le Tribunal fédéral, il eût suffi du versement effectif des fonds pour qu'une acquisition opérée au lendemain de l'inscription échappât *de plano* à l'application des dispositions sur la fondation qualifiée. La question est cependant trop délicate pour qu'on puisse la considérer comme résolue par l'interprétation *a contrario* d'un court passage de l'arrêt BOLLAG. Au surplus, une telle solution aurait contre elle la décision BUSS S. A. et l'art. 81, 2^e al. O.R.C., à teneur duquel les dispositions sur la fondation qualifiée doivent être observées, lorsque la société reprend des biens ou *doit en reprendre* immédiatement après sa fondation. Elle se heurterait d'autre part aux principes dégagés par l'arrêt BÉTHUSY, dans la mesure où il est impossible d'admettre qu'une acquisition d'une certaine importance, exécutée immédiatement après la fondation, ne peut pas ne pas reposer sur une convention ferme conclue antérieurement entre les fondateurs et les vendeurs des biens transférés à la société. Elle n'aurait guère pour elle que l'opinion défendue par la doctrine, principalement par SCHULTHESS, qui argumente tant de la liberté de décision de l'administration que de la fonction du capital social, considéré comme capital d'exploitation.

93. LA LIBERTÉ DE DÉCISION DE L'ADMINISTRATION ET LE CAPITAL SOCIAL, CAPITAL D'EXPLOITATION. — SCHULTHESS remarque que la fonction du capital social n'est pas uniquement de garantie ¹. La loi n'exige pas que les fonds versés par les souscripteurs demeurent intouchés. Ces fonds, au contraire, doivent servir de capital d'exploitation. Ils sont fréquemment, peu après l'inscription, transformés en éléments d'actif revêtant les formes les plus variées. Le capital social doit certes être mis intégralement à la disposition de l'administration, une fois la société constituée. Mais ni les actionnaires ni les créanciers ne peuvent exiger davantage. L'affectation des fonds remis à l'administration relève de l'appréciation de cette seule administration, qui en décide en toute liberté, dans les limites de ses pouvoirs statutaires et sous sa seule responsabilité.

L'opinion de SCHULTHESS est d'une logique rigoureuse. L'administration jouissant de la plus large autonomie dans le cadre des dispositions légales et statutaires d'une part, des décisions de l'assemblée générale d'autre part, il est impossible de ne pas lui reconnaître le droit absolu de disposer librement des capitaux mis à sa disposition. Mais il n'est pas moins impossible de ne pas se rendre compte que cette autonomie reconnue à l'administration fournit aux fondateurs toute latitude de procéder à une majoration d'apports. Les moyens ne manquent pas aux fondateurs, on le rappelle, d'exercer sur l'administration une influence suffisante pour que l'appréciation prétendue libre de cette dernière ne se manifeste que dans les limites compatibles avec leurs intérêts.

Dans l'espèce BÉTHUSY, les fondateurs avaient vendu à des tiers des actions « entièrement libérées » sur lesquelles on n'avait pas versé un centime. Imagine-t-on qu'ils eussent été beaucoup plus embarrassés de procéder à une libération en espèces, de faire acquérir leur terrain par la société après son inscription et au moyen des fonds mis à la disposition d'administrateurs qu'ils avaient choisis, puis de vendre des actions qui, pour avoir été réellement libérées en espèces, n'eussent pas valu quoi que ce soit de plus pour autant ? Sans doute une banque disposée à ouvrir un crédit à une société en formation l'espace de quelques heures ou de quelques jours consentira-t-elle moins

¹ SCHULTHESS, p. 55 et 102.

facilement à prêter les fonds nécessaires pour en permettre la consignation. Mais même si l'obligation de déposer les fonds à l'Office de consignation devait paraître gênante, peut-on penser que des capitalistes confiants, prêts à acheter, comme dans l'espèce BÉTHUSY et sur la foi des seules promesses d'une banque, les actions d'une société existante, seront moins empressés à souscrire les actions d'une société en formation, pour peu que les promoteurs de l'opération sachent être assez éloquents ? Suivre l'opinion émise par SCHULTHESS, c'est ouvrir aux spéculations des fondateurs la porte aussi grande que si on exigeait la conclusion d'un contrat en bonne forme pour imposer l'indication de la reprise de biens dans les statuts. Peut-on se résigner, par respect pour la logique de l'avis de SCHULTHESS, à voir les fondateurs échapper à leur responsabilité sous prétexte que l'administration répond seule de sa gestion, dès la société constituée ? On ne saurait justifier plus sûrement le qualificatif de coup d'épée dans l'eau, décerné par KARL WIELAND aux dispositions sur la fondation qualifiée.

Quant à l'argument tiré du capital social considéré comme capital d'exploitation, il est spécieux. Que le capital soit versé une fois pour toutes ou qu'il ne le soit que pour permettre l'inscription de la société au registre du commerce et l'acquisition immédiatement après d'établissements ou d'autres biens, la situation est foncièrement différente.

En fait, que les fonds aient été libérés en espèces ou non, la situation est exactement la même. Une acquisition décidée pendant la période constitutive, mais exécutée seulement après l'inscription, peut receler une dissimulation d'apports, quel que soit le mode selon lequel les établissements ou autres biens repris auront été payés. Qu'ils l'aient été par compensation avec une obligation de libérer ou qu'ils l'aient été par le moyen des fonds versés par les souscripteurs, le résultat est le même et les dispositions sur la fondation qualifiée n'ont pas été appliquées à une opération qui, économiquement, est en tout point comparable à un apport en nature ¹. Une telle dissimulation engage la res-

¹ Pour cette seule raison, l'interdiction de la libération par compensation, préconisée par HENGGELE (p. 27) serait sans aucune efficacité, sans parler de l'impossibilité pratique de faire respecter une telle interdiction.

pensabilité des fondateurs, aussi rigoureuse que puisse paraître l'argumentation qu'ils tireront de la fonction du capital social considéré comme capital d'exploitation ou de la liberté de décision de l'administration ¹. L'élément décisif, en effet, n'est pas tant l'exécution par l'administration des engagements pris par les fondateurs, que la conclusion de conventions ou la prise de dispositions qui amèneront inéluctablement l'administration à exécuter la reprise de biens ².

94. LA FONDATION POSTÉRIEURE ET LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS. — Le fait que la fondation postérieure soit soumise aux dispositions sur la fondation qualifiée, qu'elle puisse en conséquence mettre en cause la responsabilité des fondateurs, ne signifie pas bien entendu que les administrateurs n'auront pas à répondre du dommage que peut causer le concours qu'ils prêteront aux fondateurs pour mener l'opération à chef.

L'art. 754, 1^{er} al. dispose que toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle sont responsables à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leur devoir. L'art. 722, d'autre part, impose à l'administration d'appliquer toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales. Il n'est pas discutable que des administrateurs qui, sur l'ordre des fondateurs, acquièrent immédiatement après l'inscription des établissements ou autres biens, sans s'assurer par eux-mêmes que la valeur attribuée à ces biens correspond à la réalité, contreviennent à leurs devoirs³. La diligence qu'ils doivent appliquer à la gestion des affaires sociales exige qu'ils s'assurent de la valeur exacte de ces biens et qu'ils refusent d'exécuter les ordres qu'ils reçoivent des fondateurs lorsque l'opération qu'on cherche à leur imposer apparaît comme préjudiciable aux intérêts de la société, des actionnaires et des créanciers. On peut craindre cependant qu'en fait les administrateurs n'exercent pas aussi scrupuleusement

¹ Même sens, WALDER, p. 37; GUHL, S.A.G. IX, p. 136.

² Même avis, RUEGG, p. 17, qui estime que des actes accomplis après l'inscription engagent la responsabilité des fondateurs, lorsque ces actes « eine innere Beziehung zur Gründungstätigkeit haben, sei es sie diese nur realisieren, oder dass sie die Verschleierung derselben bezwecken ».

³ Même sens, HENGGELE, p. 26; voir aussi GUHL, S.A.G. IX, p. 136.

qu'il conviendrait la surveillance que leur situation leur impose, et qu'ils ne se montrent que trop dociles aux instructions des fondateurs. La société, les actionnaires et les créanciers pourront alors les actionner, en invoquant non seulement l'art. 754 qui concerne les personnes chargées de l'administration et de la gestion, mais aussi l'art. 753. Il n'est pas discutable en effet que les administrateurs qui, après l'inscription au registre du commerce, font acquérir à la société des établissements ou autres biens, concourent ainsi à définir de manière inexacte ou incomplète, à dissimuler ou à déguiser dans les statuts ou dans le rapport des fondateurs, un apport en nature ou une reprise de biens au sens de l'art. 753, ch. 1, de même qu'ils contribuent à faire inscrire la société au registre du commerce au vu d'une attestation ou de quelque autre document renfermant des assertions inexactes au sens de l'art. 753, ch. 2. Ce serait faire preuve d'un formalisme étroit que de considérer l'art. 753 comme inapplicable aux administrateurs, motif pris que leur activité ne commence qu'une fois la fondation terminée. La question n'a d'ailleurs qu'une portée académique, puisque, sous l'empire du droit actuel, la société, ses actionnaires et ses créanciers jouissent des mêmes droits, quelle que soit celle des deux dispositions qu'ils invoquent. Contrairement à ce qui était le cas sous l'empire du droit ancien, l'action ne dépend pas de conditions différentes selon qu'elle est introduite par la société ou par ses actionnaires et ses créanciers et selon qu'elle est dirigée contre les fondateurs ou contre les administrateurs ¹.

Si les administrateurs peuvent être appelés à répondre des actes qu'ils accomplissent en liaison avec les dispositions prises par les fondateurs pour transférer à la société la propriété de biens sans observer les prescriptions sur la fondation qualifiée, la société, les actionnaires ou les créanciers victimes d'un dommage, pourront cependant trouver un intérêt à rechercher les

¹ On se souvient que sous l'empire du Code de 1881 les administrateurs étaient responsables envers la société du dommage qu'ils lui causaient en violant ou en négligeant leurs devoirs. En revanche, à l'égard des actionnaires et des créanciers, une « violation consciente » était nécessaire. Quant à la responsabilité des fondateurs, elle était soumise à des conditions encore différentes. Un « acte conscient » était suffisant, sans qu'on exigeât la volonté de causer un dommage (art. 673, 674 et 671 anciens).

fondateurs plutôt que les administrateurs, qui risqueront de n'être que trop souvent les hommes de paille, d'une solvabilité incertaine, des premiers.

95. LA MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES DÉGAGÉS PAR L'ARRÊT BÉTHUSY. — Si l'arrêt BÉTHUSY a le mérite de donner une solution aussi heureuse qu'élégante à un problème capital pour l'application des dispositions sur la fondation qualifiée, la souplesse de son interprétation de la notion de reprise de biens a le défaut de ses qualités : les principes de l'arrêt BÉTHUSY vaudront ce que vaudront le juge et le fonctionnaire qui les appliqueront.

HENGGELEL a formulé la crainte que cet arrêt ne provoque une certaine insécurité juridique et que son interprétation de l'art. 628 ne soit de nature à entraver le développement d'opérations parfaitement régulières¹. Dans de très nombreux cas, explique HENGGELEL, les fondateurs ne peuvent indiquer exactement, au moment où ils rédigent les statuts, quels biens ou quelles participations la société acquerra. Il faut laisser à la société la liberté de ne conclure qu'après l'inscription des opérations prévues dès la période constitutive. Les fondateurs qui poursuivent des buts parfaitement légitimes seraient privés de la sécurité nécessaire, s'ils devaient risquer, chaque fois que la société, peu après sa fondation, immobilise une partie importante de son patrimoine, d'être pris à partie pour avoir dissimulé des apports en nature ou des reprises de biens.

On peut répondre qu'une action en responsabilité pour dissimulation d'apports ou de reprises suppose, comme condition première, l'existence d'un dommage et d'un rapport de causalité entre la dissimulation et le dommage. On ne voit pas comment les fondateurs pourraient causer un dommage quelconque à la société, à ses actionnaires et à ses créanciers, s'ils poursuivent un but légitime, ce qui exclut par définition toute surévaluation des biens transférés à la société après son inscription. La critique d'HENGGELEL ne nous paraît donc pas devoir être retenue. Si l'arrêt BÉTHUSY peut inspirer certaines inquiétudes aux fondateurs qui se sont laissés aller à majorer apports ou reprises, il ne saurait menacer ceux dont la bonne foi est entière.

¹ HENGGELEL, p. 24.

96. L'APPRÉCIATION DES PREUVES. — Il n'est pas moins exact cependant que l'application des dispositions sur la fondation qualifiée peut soulever certaines difficultés. La preuve notamment d'une convention ferme, antérieure à l'inscription au registre du commerce, ne laissera pas d'embarrasser le demandeur qui en sera souvent réduit au témoignage des personnes ayant conclu cette convention. Sans doute pourra-t-on invoquer aussi, à titre d'indice, certaines particularités de la fondation. Le mode de libération du capital social pourra fournir de précieuses indications. Il n'est plus possible, comme sous l'ancien droit, d'éviter tout versement en espèces, puisque 20 % au moins du capital social doivent être déposés à l'Office de consignation. Mais le solde de 80 % pourra faire l'objet d'une compensation avec le prix des biens repris. Une telle opération pourra contribuer à établir que la libération en espèces prévue par les statuts ne devait servir qu'à camoufler une reprise de biens dissimulée¹. Le fait qu'après l'inscription, des biens indispensables à l'exploitation des affaires sociales sont acquis de personnes qui s'étaient intéressées à la fondation, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un homme de paille, la similitude entre le prix payé pour ces biens et le montant de la souscription de leur propriétaire ou de personnes touchant de près à ce propriétaire, pourront également aider le demandeur à prouver que la fondation en espèces cache une fondation avec reprise dissimulée.

Seul cependant le juge, sur la base d'un examen attentif des circonstances de l'espèce, sera en mesure de décider si, en fait, la reprise de biens faisait l'objet d'une convention ferme dès avant l'inscription. Le juge devra se garder, dans cette appréciation, d'exiger des preuves formelles de l'existence de cette convention ferme. Une telle convention est dangereuse pour la société, les actionnaires et les créanciers, précisément dans la mesure où les fondateurs sont parvenus à en supprimer toute trace. Exiger, par exemple, que le demandeur produise un écrit instrumentant la convention reviendrait à faire le jeu des fondateurs. Le juge devra le plus souvent se contenter d'indices tels que ceux indiqués ci-dessus et rendre sa décision sur la base

¹ SCHULTHESS, p. 42.

d'une appréciation raisonnée de l'ensemble des circonstances de la fondation.

97. LES LIMITES NÉCESSAIRES DE LA NOTION DE REPRISE DE BIENS. — a) *Pour le juge*. La considération du système des dispositions sur la fondation qualifiée et de leur fonction devra de même guider le juge lorsqu'il aura à délimiter la zone d'application des dispositions sur la fondation qualifiée et à examiner si telle opération eût dû être mentionnée dans les statuts et dans le rapport des fondateurs, ou au contraire si elle constitue une acquisition normale, opérée dans des conditions qui n'exposaient la société, les actionnaires et les créanciers à aucun préjudice. Les nécessités pratiques des affaires, plus que des constructions juridiques abstraites, aideront le juge à tracer les limites nécessaires¹. Elles lui permettront notamment d'éviter certaines exagérations dans l'interprétation des dispositions légales. Il est certes excessif de prétendre, comme un auteur allemand cité par WEHRLI², que toute acquisition doit être mentionnée dans les statuts, quel qu'en soit l'objet, qu'il s'agisse « d'une brasserie ou d'un porte-plume ». Seules, bien entendu, les opérations pouvant affaiblir le capital social justifieront l'application des dispositions sur la fondation qualifiée et, le cas échéant, la mise en œuvre de la responsabilité des fondateurs. Dans les cas délicats, on tiendra compte de la proportion entre le prix des biens acquis et le capital social, de la corrélation économique entre l'objet de l'acquisition et le but social³, de l'intérêt qu'actionnaires et créanciers pouvaient avoir à être renseignés sur les biens acquis. Pour peu enfin que le demandeur

¹ Voir SIEGWART, n. 25 ad art. 628 qui cite comme exemple la distinction trop théorique tentée par JUCKER, *S.J.Z.* 29, p. 129, entre les normes de « *Verbot* » et celles de « *Gebot* », pour établir que la fondation postérieure est licite, puisqu'elle ne constitue pas une fraude à la loi.

² WEHRLI, p. 87.

³ Cet élément d'appréciation était déjà retenu par les « *Principes* » de l'Office fédéral du registre du commerce (voir n° 87 ci-dessus). A. WIELAND (*Z.S.R.* 42, p. 25a, note 8) dénie toute signification au rapport économique entre les biens repris et le but social, tous les actes de la société étant de quelque manière en rapport avec le but social. Cette critique est superficielle. Si, pour reprendre l'exemple ci-dessus, une société fondée pour la fabrication de la bière acquiert une brasserie et du matériel de bureau, ces deux opérations seront en rapport avec le but social; mais ce rapport ne sera pas aussi significatif pour le matériel de bureau que pour la brasserie.

puisse prouver que l'opération a été préjudiciable à la société, cela ne sera pas une des raisons les moins déterminantes pour faire admettre au juge qu'elle recouvrait en réalité un apport ou une reprise surévalués ¹.

b) *Pour le préposé au registre du commerce.* Le même souci de ne pas entraver, par des exigences excessives, l'aboutissement des opérations d'une fondation qui ne présente rien de critiquable, doit guider le préposé au registre du commerce dans son examen des réquisitions d'inscription. L'art. 81, 2^e al. O.R.C. impose au préposé d'examiner si la société reprend des biens ou doit en reprendre après la fondation ou l'augmentation du capital. Nous avons vu ² combien les moyens d'investigation du préposé étaient limités. Ce fonctionnaire ne saurait, en invoquant l'article 81, 2^e al. O.R.C., prétendre se livrer à une enquête sur les circonstances de toutes les fondations. Le préposé ne sera fondé à refuser l'inscription que dans le cas où il aura la conviction que la fondation avec libération en espèces qu'on le requiert d'inscrire dissimule en réalité une fondation avec apports ou reprises et que des accords fermes ont été conclus, au sens donné à cette notion par l'arrêt BÉTHUSY ³. Chaque fois qu'il n'aura pas cette conviction, le préposé sera tenu de procéder à l'inscription. Si le Tribunal fédéral a élargi la notion de reprise de biens et que l'interprétation qu'il en donne ait pour effet d'assurer à la société, aux actionnaires et aux créanciers une protection plus efficace en leur permettant d'actionner les fondateurs pour le dommage que la fondation postérieure peut causer, il serait regrettable que les organes du registre du commerce s'arment de l'arrêt BÉTHUSY et prétendent étendre et approfondir le contrôle qu'ils exercent sur la fondation. Leurs moyens ne le leur permettent pas. S'il est nécessaire que les tribunaux puissent qualifier de reprise de biens une acquisition opérée après la fondation, il est beaucoup moins utile que le préposé au registre du commerce cherche à s'assurer à tout coup que les pourparlers qui précèdent et accompagnent la fondation sont fidèlement

¹ SIEGWART, n. 29 ad art. 628.

² Nos 17 et 18.

³ VON STEIGER, *Prüfung*. Voir aussi HAUSER, p. 81; VON STEIGER, S.A.G. VIII, p. 99; WEHRLI, p. 110.

reflétés par les statuts et la réquisition d'inscription. Une telle entreprise dépasserait trop souvent les moyens dont il dispose. Elle retarderait à l'excès la publication de l'inscription, sans accorder pour autant des garanties suffisantes au public.

98. LES CONVENTIONS PRÉPARANT LA FONDATION POSTÉRIEURE. — Le problème de la fondation postérieure soulève une dernière question délicate que nous examinerons rapidement, bien qu'elle n'ait qu'un rapport indirect avec la responsabilité des fondateurs. Cette question est celle de la valeur juridique des conventions passées par les fondateurs et dont l'exécution doit transférer à la société la propriété de biens que les fondateurs n'ont pas voulu mentionner dans les statuts. Un actionnaire qui s'est engagé par une souscription en bonne forme à verser en espèces le montant de sa souscription peut-il invoquer l'accord intervenu entre les fondateurs et lui-même, accord aux termes duquel le versement prévu en espèces sera remplacé par la vente ou la cession à la société de biens ou de droits, vente ou cession suivies de compensation ? Une fois ces biens ou ces droits transférés à la société, l'actionnaire peut-il être tenu de verser en espèces le montant qu'il a souscrit ou est-il au contraire libéré de cette obligation ? En d'autres termes, les conventions passées entre fondateurs et actionnaires sont-elles nulles ou simplement imparfaites ? — Dans cette dernière éventualité, leur exécution acceptée par la société les validerait. Dans la première éventualité, aucune validation ne serait possible.

Admettre que le silence des statuts a pour seul effet de rendre une telle convention imparfaite et que son exécution par la société suffirait à la valider, reviendrait à donner à l'indication de la reprise de biens dans les statuts, un effet purement formateur. Cette indication aurait pour objet de supprimer toute incertitude sur la reprise par la société d'engagements assumés par les fondateurs en son nom. Réciproquement et à défaut d'indication dans les statuts, la société, conformément à l'art. 645, 3^e al. aurait trois mois pour se prononcer. Les fondateurs seraient ainsi assurés d'être déchargés des engagements pris au nom de la société sans que la ratification de ces engagements par la société

soit nécessaire¹. Nous avons déjà vu que si l'indication de la reprise de biens dans les statuts déploie en fait un effet formateur, ce n'est là qu'une conséquence accessoire de cette indication, et qu'il n'appartient nullement aux fondateurs de choisir librement entre l'indication dans les statuts, qui les libère immédiatement, et la reprise par la société, conformément à l'art. 645, 3^e al., des obligations qu'ils lui ont fait assumer, cette dernière éventualité impliquant que pendant un certain temps l'engagement contracté par le fondateur est « en suspens »².

A notre connaissance, personne n'a soutenu en doctrine l'opinion que les conventions conclues pendant la période constitutive et ayant pour objet de modifier les engagements apparents pris par les souscripteurs étaient seulement imparfaites³. Dans l'arrêt WILLI c/ HEINEMANN, le Tribunal fédéral a cependant jugé que le souscripteur qui n'avait pas libéré le montant de sa souscription n'était pas tenu de verser les fonds souscrits lorsqu'il avait été convenu qu'un autre souscripteur, créancier de la société, compenserait sa créance avec le solde à libérer sur le capital souscrit. Cet arrêt n'a heureusement pas fait jurisprudence.

La plus grande partie de la doctrine, au contraire, soutient l'opinion que, faute d'indication dans les statuts, les contrats de reprise de biens ne lient pas la société, le souscripteur étant tenu de verser en espèces les fonds qu'il a souscrits nonobstant tous engagements contraires des fondateurs⁴.

De son côté le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt BOLLAG⁵ que le souscripteur qui se prêtait à une fondation simulée était tenu aux termes de la souscription, et qu'il ne saurait être reçu à invoquer l'accord intervenu avec les fondateurs, le libérant de son obligation de verser les fonds souscrits et lui donnant la possibilité de remplacer le versement d'espèces par un apport en nature. Le Tribunal fédéral ajoute que la convention ayant

¹ L'art. 628 perdrait ainsi une bonne partie de son efficacité (SIEGWART, n. 54 ad art. 628).

² *Schwebezustand* (VON TUHR, § 29, I). Voir nos 7 et 8 ci-dessus.

³ Voir cependant JUCKER, *S.J.Z.* 29, p. 130.

⁴ SIEGWART, n. 34 ad art. 628; SILBERNAGEL, p. 42; HERY, p. 125; HUBER, p. 99; WEITH, p. 92; SCHULTHESS, p. 13 et 89.

⁵ A.T.F. 64 II 282.

pour objet de transférer à la société des biens en nature est sans effet tant que les prescriptions légales n'ont pas été observées. Ni l'écoulement du temps, ni l'exécution ou la ratification par la société ne peuvent valider une telle convention. La seule issue, si le souscripteur est hors d'état de verser les fonds souscrits, est de réduire le capital social jusqu'à concurrence des sommes mises à la disposition de la société ¹. Aux termes de ce même arrêt, les biens transférés à la société en violation des dispositions sur la fondation qualifiée constituent pour cette dernière un enrichissement illégitime. Cet enrichissement illégitime confère une action en restitution à celui à qui appartenaient les biens en question.

Ainsi, les conventions verbales ou écrites conclues par les fondateurs et ayant pour objet de faire acquérir à la société des établissements ou autres biens sans que les dispositions légales soient observées, sont impuissantes à décharger le souscripteur de son obligation de libérer les fonds qu'il s'est engagé à verser. Ces conventions sont illicites et dépourvues de toute portée, même si elles revêtent la forme juridique d'un contrat de vente ou de cession ². D'autre part, le caractère spécial de la déclaration de souscription interdit aux souscripteurs d'invoquer toutes conventions infirmant son contenu. Le Tribunal fédéral a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de juger que les conventions ayant pour objet de décharger le souscripteur de son obligation de libérer étaient sans valeur à l'égard de la société ³. Il en est de même pour les conventions autorisant la libération échelonnée de la souscription ⁴, ou retardant la libération jusqu'au moment où le cours de la monnaie nationale d'un souscripteur domicilié à l'étranger remontera, de manière à lui épargner une perte de change ⁵.

99. DATION EN PAIEMENT ET PRESTATION EN VUE DE PAIEMENT. — La jurisprudence que nous venons de rappeler interdit qu'on accorde aucune valeur aux conventions prévoyant une

¹ SCHULTHESS, p. 81.

² Jugement du Tribunal cantonal vaudois, *S.J.Z.* 34, p. 312.

³ Voir nos 14 et 15 ci-dessus.

⁴ Arrêt KAESER c/ MASSE EN FAILLITE SOCIÉTÉ BALOISE DE CRÉDIT, *A.T.F.* 31 II 67, cons. 7.

⁵ Arrêt PAYAN c/ VELOCITAS S. A., *A.T.F.* 51 II 181.

dation en paiement. Il en est de même pour la prestation en vue de paiement. On sait que la prestation en vue de paiement consiste dans la cession d'une chose, le plus souvent dans la cession d'une créance que le cessionnaire réalise pour éteindre sa propre créance. Mais cette dernière ne s'éteint pas dès la livraison. Seule la réalisation a cet effet et encore seulement dans la mesure où le produit de la réalisation est suffisant¹. Comme le remarque SYZ, la prestation en vue de paiement n'a pas d'autre objet que d'accorder un délai au débiteur. Une telle faveur n'est pas compatible avec la nécessité d'assurer à la souscription son caractère irrévocable et immédiatement exigible².

SCHULTHESS, à vrai dire, est d'un avis différent. Examinant plus spécialement la question de la dation en paiement, il estime qu'on ne saurait l'interdire. Selon lui, la dation en paiement ne représente pas pour l'actionnaire une remise de son obligation; même si l'objet de cette dation se révélait absolument sans valeur, l'opération n'en serait pas moins valable puisque la loi accorde aux administrateurs le droit d'acquérir n'importe quel bien à n'importe quel prix, sous la seule sanction de la mise en œuvre de leur responsabilité. SCHULTHESS reproche leur formalisme aux auteurs qui veulent interdire la dation en paiement, motif pris qu'elle élude les prescriptions sur la publicité des apports et des reprises. On peut se demander quelle attitude est la plus formaliste, de celle qui cherche à combattre une opération respectant peut-être la lettre de la loi mais la privant de toute efficacité, et de celle qui consiste à assister passivement, sous prétexte que les apparences sont sauves, à la neutralisation d'un système de protection que l'expérience a révélé indispensable.

¹ VON TUHR, § 56, II.

² SYZ, p. 86.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE XI

LES CONDITIONS DE L'ACTION

100. GÉNÉRALITÉS. — A teneur de l'art. 753, les fondateurs sont responsables envers la société, les actionnaires et les créanciers, du dommage qu'ils leur causent soit en concourant intentionnellement ou par négligence à donner des indications inexactes sur les apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers, ou à faire inscrire la société au registre du commerce au vu de pièces renfermant des attestations inexactes; soit en concourant sciemment à faire accepter des souscriptions émanant de personnes insolvable.

Une action en responsabilité dirigée contre les fondateurs doit remplir quatre conditions :

1. Les fondateurs doivent avoir commis une infraction aux dispositions sur la fondation qualifiée, au sens de l'art. 753, ch. 1 et 2, ou concouru à faire accepter la souscription d'un insolvable.

2. L'acte des fondateurs doit constituer une faute dans les cas des chiffres 1 et 2 de l'art. 753. Il doit être à tout le moins conscient dans le cas du chiffre 3.

3. La société, l'actionnaire ou le créancier demandeurs doivent avoir subi un dommage.

4. Un rapport de causalité doit unir l'acte incriminé et le dommage.

Nous avons vu en quoi pouvaient consister les irrégularités susceptibles de mettre en cause la responsabilité des fondateurs.

Il nous reste à étudier les autres conditions de l'action, soit l'intention ou la négligence — ou encore l'acte conscient de l'art. 753, ch. 3 —, le dommage et le rapport de causalité.

SOUS-CHAPITRE I. LA FAUTE

101. LES INNOVATIONS DE LA REVISION DE 1937. — La notion de faute englobe l'intention et la négligence, soit la volonté dirigée vers un résultat illicite et l'omission des précautions exigées par les circonstances¹. Tel est le principe qui domine la théorie de la responsabilité tant contractuelle que délictuelle.

On sait que le Code de 1881 s'en était écarté dans sa réglementation de la responsabilité des fondateurs, administrateurs, contrôleurs, etc. Aux termes spécialement de l'art. 671, ch. 2 et 3 ancien, la responsabilité des fondateurs n'était engagée que lorsqu'ils avaient *sciemment* concouru à donner de fausses indications sur les apports en nature, les reprises de biens ou les avantages particuliers ou *sciemment* contribué à faire inscrire la société au registre du commerce au moyen de pièces renfermant des assertions inexactes. Cette réglementation vivement critiquée² avait eu pour effet d'introduire une notion spéciale de la faute, différente de celle des art. 41 et 97 C.O. Le législateur de 1881 avait omis de préciser si le régime spécial auquel il soumettait la responsabilité, dans le droit de la société anonyme, excluait l'application des normes générales de la responsabilité délictuelle ou contractuelle, ou si au contraire les dispositions des art. 41 et suivants et 97 et suivants pouvaient être invoquées dans une action contre les fondateurs, administrateurs, etc. Il n'avait pas statué davantage sur la prescription des actions fondées sur les art. 671 et suivants anciens. Ces actions dérivaien-elles de la responsabilité délictuelle ou contractuelle ? Se prescrivaient-elles par un an ou par dix ans ? Autant de questions délicates que la doctrine et la jurisprudence durent résoudre. Elles les résolurent parfois d'une manière peu satisfaisante.

Ces lacunes ont été comblées heureusement lors de la revision. On a étendu à la négligence la responsabilité des fondateurs,

¹ VON TUHR, § 47.

² Voir notamment WILDI, p. 79 et RUEGG, p. 51.

administrateurs, contrôleurs et liquidateurs. On a introduit une prescription spéciale de cinq ans pour toutes les actions en dommages-intérêts dirigées contre les fondateurs ou les organes de la société. Les problèmes ardues que pose la responsabilité dans le droit de la société anonyme en ont été simplifiés d'autant. Cette coordination a rendu inutiles les constructions souvent spécieuses élaborées par la doctrine et les tribunaux. Il est cependant nécessaire d'analyser rapidement les théories développées sous l'empire du Code de 1881, tant pour marquer les limites dans lesquelles les arrêts rendus sous l'empire du droit ancien peuvent être utilisées, qu'en considération du fait que la notion d'*acte conscient* garde toute son importance sous l'empire du droit révisé, puisque aux termes de l'art. 753, ch. 3 la responsabilité des fondateurs n'est engagée que s'ils ont contribué sciemment à faire accepter la souscription d'un insolvable.

102. L'ACTE CONSCIENT. — WILDI rappelle que le législateur a distingué à dessein le *manquement volontaire* à leurs devoirs, condition de la responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires et des créanciers (art. 674 ancien) et l'*acte conscient* qui suffit à mettre en cause la responsabilité des fondateurs¹. Le Tribunal fédéral a appliqué cette distinction dans plusieurs arrêts². On est en présence d'un acte conscient au sens de l'art. 671 ancien lorsque les fondateurs ont connu les faits qui eussent nécessité une indication dans les statuts ou qu'ils ont su que les indications des statuts étaient inexactes³. Il n'est pas nécessaire, en revanche, qu'ils aient prévu ou voulu les conséquences dommageables de leur acte. En d'autres termes, le dol des fondateurs n'est pas une condition de leur responsabilité, tandis qu'une simple négligence en revanche n'est pas suffisante.

Quoique le texte de la loi fût formel, certains auteurs, ROSSEL notamment, choqués par la situation privilégiée faite aux fondateurs qui n'avaient pas à répondre de leur négligence, estimaient que les « grossières et inexcusables imprudences »

¹ WILDI, p. 74 s. Voir aussi GLASSON, p. 121.

² Voir en particulier arrêts ETAT DE SOLEURE c/ KAISER, A.T.F. 14 696; MASSE BRIENZ-ROTHORNBACH c/ VEST ECKEL & Co. A.T.F. 21 549, cons. 3.

³ Arrêt BÉRARD & CONSORTS c/ AUCKENTHALER & CONSORTS, A.T.F. 47 II 286.

devaient être retenues au même titre qu'un acte conscient, de même que les « négligences inexcusables »¹. Pour ROSSEL, il eût fallu ainsi prendre en considération non seulement les faits que les fondateurs connaissaient mais également ceux qu'ils eussent dû connaître.

Aussi « absurde » que puisse paraître le régime adopté par le Code de 1881, l'interprétation de ROSSEL n'était cependant pas compatible avec les termes de l'art. 671 ancien et le Tribunal fédéral ne s'est jamais rallié à cette interprétation plus qu'extensive. L'opinion de ROSSEL pourrait-elle, en revanche, être retenue sous l'empire du droit actuel ? Pourrait-on envisager que les fondateurs ont sciemment contribué à faire accepter la souscription d'un insolvable au sens de l'art. 753, ch. 3 lorsque leur attitude révèle une « négligence inexcusable » ? Le renforcement des dispositions sur la responsabilité est-il de nature à justifier une interprétation moins stricte du terme « sciemment » ? Il ne le semble pas. Le fait même que le législateur ait étendu la responsabilité à la négligence dans les cas des chiffres 1 et 2 de l'art. 753, alors que pour le cas de l'art. 753, ch. 3 il continue à exiger un acte conscient, manifeste clairement qu'il a voulu limiter la responsabilité à raison de l'acceptation de la souscription d'un insolvable. Eût-on entendu rendre les fondateurs responsables d'une « négligence inexcusable », qu'on l'eût précisé. Au surplus, le *Message* du Conseil fédéral établit que, dans l'idée du législateur, l'art. 753, ch. 3 doit être interprété strictement².

103. LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS. SES RAPPORTS AVEC LES ART. 41 ET SUIVANTS. — Sous l'empire du droit ancien et d'une manière générale, la doctrine et les tribunaux admettaient que la responsabilité des fondateurs dérivait de la responsabilité délictuelle. On ne pouvait concevoir en effet un rapport de nature contractuelle entre les fondateurs d'une part et d'autre part une société qui n'avait pas encore acquis la personnalité juridique ou des actionnaires et des créan-

¹ ROSSEL, *Manuel*, 4^e éd., II, p. 152.

² *Message*, p. 64. SCHUCANY, n. 9 ad art. 753 pense qu'on peut assimiler dans certains cas le devoir de connaître à la connaissance. Cette opinion nous paraît discutable.

ciers encore inconnus¹. D'autre part, le Tribunal fédéral considérerait que les dispositions sur la responsabilité des fondateurs sanctionnaient la violation de devoirs imposés aux fondateurs dans l'intérêt général, la violation de ces devoirs heurtant l'ordre juridique dans son ensemble au même titre qu'un acte illicite, au sens de l'art. 41^{2 3}.

S'il était admis quasi unanimement que la responsabilité des fondateurs était de nature délictuelle, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'étaient parvenues en revanche à définir d'une manière satisfaisante les rapports de l'art. 671 ancien avec l'art. 41.

C'est ainsi que ROSSEL avait soutenu l'opinion que l'art. 671 en tant que norme spéciale excluait l'application de l'art. 41⁴. Les fondateurs n'auraient été exposés ainsi qu'à une *actio doli* restreinte et les principes de la responsabilité délictuelle n'auraient pu leur être que partiellement appliqués. ROSSEL n'a pas repris cette opinion dans ses derniers ouvrages.

Aussi bien, doctrine et tribunaux se sont-ils efforcés de faire prévaloir que l'art. 671 n'impliquait par un rétrécissement de la responsabilité délictuelle et qu'il ne dérogeait pas au principe

¹ BACHMANN, n. 2 ad art. 671; WILDI, p. 41 s., ainsi que différents auteurs cités par le même, p. 44. Voir aussi arrêt MASSE BRIENZ-ROTHORBAHN c/ VEST ECKEL & Co, A.T.F. 21 567, cons. 13.

² Arrêts GLASER-GALLION c/ ROMMEL, A.T.F. 32 II 278; J.T. 1908, p. 150 s.; WEISSER c/ HOIRS WUTRICH, A.T.F. 33 II 257, cons. 4; CAISSE DE PRÊT RICHTERS-WIL c/ GYR-GUYER ET CONSORTS, A.T.F. 34 II 28.

³ RUEGG, p. 69 et 70, fait une réserve pour la responsabilité des premiers administrateurs et contrôleurs. Dans la mesure où ces organes de la société peuvent être considérés comme soumis à la responsabilité des fondateurs, leur responsabilité serait contractuelle tant envers les créanciers qu'envers la société ou les actionnaires (voir arrêt ETAT DE SOLEURE c/ KAISER, A.T.F. 14 693). Toujours selon RUEGG (p. 54), il en serait de même pour la responsabilité des fondateurs à l'égard des souscripteurs auxquels ils ont fait des promesses spéciales. EUGÈNE HUBER (Rapport, p. 84 et s.) lui, qualifiait de contractuelle la responsabilité des fondateurs à l'égard de la société. Pour ne « pas faire reposer les diverses actions en responsabilité contre les personnes responsables sur des principes différents », il soumettait toutes ces actions « aux dispositions relatives à la responsabilité résultant d'un contrat ». A. WIELAND (Z.S.R. 43, p. 50-51a) et WILDI (p. 40, 43, 57, 73) ne concevaient qu'une responsabilité délictuelle. Si, depuis la revision, la question de la nature juridique de la responsabilité des fondateurs de la société anonyme est devenue sans importance pratique, la loi réglant elle-même la prescription de l'action, on constate non sans surprise, en revanche, que la responsabilité des fondateurs de la société coopérative ne fait l'objet d'aucune disposition. Une action contre ces personnes se prescrirait conformément aux règles sur la responsabilité délictuelle, soit par un an (voir arrêt SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE AUTOHAFT c/ HELLER & CONSORTS, A.T.F. 66 II 163; J.T. 1941, p. 47 s.).

⁴ ROSSEL, J.T. vol. 37, p. 259, cité WILDI, p. 45.

de la responsabilité à cause des actes illicites ¹. On faisait valoir que l'art. 671 n'excluant pas expressément l'application de l'art. 41, cette dernière disposition gardait toute sa portée, même à l'égard des fondateurs ².

La position prise par le Tribunal fédéral s'est naturellement ressentie du défaut de rigueur de la loi. Il a été jugé que les art. 671 et suivants anciens n'épuisaient pas le problème et que, parallèlement à une action fondée sur ces dispositions, les intéressés pouvaient invoquer l'art. 41, à la condition que l'acte dommageable ne constituât pas seulement une violation des devoirs incombant aux administrateurs et contrôleurs de par leurs charges, mais se caractérisât comme la violation d'un principe de droit général et impératif ³. — Ces principes énoncés dans une espèce où la responsabilité des administrateurs était en jeu pouvaient s'appliquer naturellement à la responsabilité des fondateurs. — Il était cependant impossible de nier que l'exigence d'un acte conscient restreignait l'application des règles de la responsabilité délictuelle, puisque, au moins pour les trois cas définis par l'art. 671 ancien, le régime de la responsabilité des fondateurs dérogeait aux principes des art. 41 et suivants.

La revision a simplifié les dispositions sur la responsabilité. La nouvelle réglementation est en parfaite harmonie avec les dispositions générales sur la responsabilité délictuelle et contractuelle. Dans le Code de 1937, les notions d'intention et de négligence au sens des art. 752 et suivants ne diffèrent nullement de l'acception habituelle de ces termes. Il est ainsi superflu de les définir.

SOUS-CHAPITRE II. *LE DOMMAGE*

104. DOMMAGE DIRECT ET DOMMAGE INDIRECT. — Le législateur a considéré que le dommage causé par les fondateurs,

¹ WILDI, p. 49 s. Arrêt CAISSE D'ÉPARGNE ET DE PRÊT DE BERNE c/ BERNER, *A.T.F.* 23 1065, cons. 2.

² WILDI, p. 47.

³ Arrêts BÉRARD c/ AUCKENTHALER, *A.T.F.* 46 II 456; WEILL c/ ELSENER, *A.T.F.* 61 II 233; *J.T.* 1936, p. 84 s. Voir aussi arrêts ETAT DE SOLEURE c/ KAISER, *A.T.F.* 14 692; CAISSE D'ÉPARGNE ET DE PRÊT DE BERNE c/ BERNER, *A.T.F.* 23 1071; MULLER-WIDMER c/ HOFER, *A.T.F.* 28 II 107.

administrateurs, contrôleurs et liquidateurs, était de nature à porter une atteinte directe, soit au patrimoine social, soit à celui de l'actionnaire et du créancier. Il a de plus tenu compte du fait qu'un dommage subi par la société était ressenti *nécessairement*, quoique indirectement, par les actionnaires et *éventuellement* par les créanciers.

Cette situation l'a amené à régler, par une disposition inconnue du Code de 1881, la réparation du dommage dit indirect. L'art. 755 prescrit que lorsque la responsabilité des fondateurs, administrateurs, etc., est en cause et qu'il s'agit d'un dommage éprouvé par la société elle-même, mais subi d'une manière seulement indirecte par les actionnaires ou les créanciers, ceux-ci ne peuvent conclure qu'au paiement de dommages-intérêts à la société elle-même ¹.

Le dommage indirect de l'actionnaire peut se définir comme l'atteinte subie par la société elle-même dans sa situation économique, atteinte qui se répercute sur les actionnaires, dans la mesure où la valeur intrinsèque de leur participation est diminuée ². Quant au créancier, il subira un dommage indirect lorsque l'atteinte portée au patrimoine social sera telle que ce patrimoine se révélera, après faillite, insuffisant à le désintéresser.

Le dommage direct de l'actionnaire ou du créancier, en revanche, les atteindra seul, sans léser la société ³.

105. LE PROBLÈME SOUS L'EMPIRE DU CODE DE 1881. — Le Code de 1881 ne distinguait pas le dommage direct et le dommage indirect. Il ne contenait aucune disposition comparable à l'art. 755. Cette réglementation insuffisante avait pour conséquence d'exposer les fondateurs, administrateurs, etc., à devoir réparer deux fois le dommage causé. Aucune disposition légale

¹ Ce droit reconnu à l'actionnaire et au créancier constitue une anomalie. Une norme spéciale était nécessaire pour le consacrer, puisque selon les principes généraux on ne peut demander réparation du dommage subi par autrui. (WEHRLI, p. 116; PRAXIS, 1937, n° 35, p. 79.)

² HENGGELE, p. 19.

³ On trouve des exemples de dommage direct du créancier dans les arrêts WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 231; J.T. 1936, p. 84 s.; UTTINGER c/ HENGGELE, A.T.F. 49 II 243; J.T. 1924, p. 34 s.; CAISSE D'ÉPARGNE ET DE PRÊT DE BERNE c/ BERNER, A.T.F. 23 1071.

n'empêchait en effet un actionnaire ou un créancier de réclamer, parallèlement à une action introduite par la société, la réparation du dommage indirect qu'il avait subi.

Pour parer à des abus possibles, la doctrine avait suggéré plusieurs remèdes. BACHMANN, dans un ouvrage ancien ¹, entendait n'accorder à l'actionnaire qu'une action en réparation du dommage direct. Le Tribunal fédéral rejeta cette solution, qui n'était pas compatible avec les dispositions prises par le législateur ². L'art. 674 ancien, en effet, venant après l'art. 673, lequel réglait l'action intentée par la société, établissait clairement que le législateur n'avait songé à apporter aucune limitation au droit de l'actionnaire. Quant à l'art. 675 ancien, il n'aurait eu aucun sens, si l'actionnaire n'avait pas eu qualité pour demander réparation du dommage subi par la société.

Selon une autre solution préconisée par de nombreux auteurs ³, dont BACHMANN qui revenait sur sa première opinion, l'actionnaire n'aurait pu agir que dans le cas où la société avait renoncé à procéder ou obtenu satisfaction. Mais un actionnaire ne pouvant prétendre qu'à la réparation du dommage qu'il avait personnellement subi, il restait à déterminer quelle était la part du dommage total qu'il pouvait réclamer. Cette part ne correspondait pas à la valeur de ses actions, sous peine de porter atteinte aux droits préférentiels des créanciers sociaux sur le patrimoine social. Avant qu'on pût reconnaître une prétention quelconque aux actionnaires, il fallait s'assurer que le capital social était couvert de telle manière que les actionnaires pussent être désintéressés. Cette vérification supposait qu'on connût tous les créanciers et le montant exact de leurs créances. La mise en œuvre de cette solution se heurtait à des difficultés considérables.

106. LE SYSTÈME DE WIELAND, REPRIS PAR LE CODE DE 1937. — Un troisième système fut proposé, qu'adopta le Tri-

¹ BACHMANN, *Sonderrechte*, p. 184 s.

² Arrêts BRODTBECK c/ ROSENKUND, A.T.F. 44 II 43; J.T. 1918, p. 297 s. et les arrêts antérieurs cités; UTTINGER c/ HENGGELE, A.T.F. 49 II 245; BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN, A.T.F. 59 II 455.

³ ROSSEL, *Manuel*, 4^e éd. II, p. 155; BÉGUELIN, J.T. 1901, p. 54; WAECHTER, Z.S.R. 7, p. 396; WELTI, p. 104; BACHMANN, n. 3 ad art. 674 et n. 6 ad art. 675.

bunal fédéral. Considérant que dans le cas d'un dommage subi par la société, un rapport de solidarité unissait société, actionnaires et créanciers et que leur créance en dommages-intérêts était indivisible, A. WIELAND en déduisit que chaque intéressé pouvait actionner, mais qu'il ne le pouvait qu'en faveur de l'ensemble des créanciers sociaux, soit pratiquement qu'en faveur de la société¹. Encore que l'existence d'un rapport de solidarité fût mise en doute par certains auteurs², et même par le Tribunal fédéral³, la solution de WIELAND avait le mérite de la simplicité et de l'efficacité. Elle évitait le versement à l'actionnaire de sommes revenant au patrimoine social, versement qui aurait constitué un profit illégitime pour le bénéficiaire et une atteinte aux droits des créanciers et des actionnaires, ces derniers pris collectivement. Elle permettait, d'autre part, à l'actionnaire de ne pas avoir à s'en remettre, pour la réparation de son dommage, à la diligence de la société, parfois singulièrement passive. Elle n'exposait pas, enfin, fondateurs et administrateurs au danger de réparer deux fois le même dommage. Aussi bien, la solution de WIELAND, après avoir été adoptée par le Tribunal fédéral, a-t-elle été reprise lors de la revision de 1937.

On ne peut lui faire qu'un reproche, fort grave à la vérité; c'est de rendre singulièrement peu attrayante pour l'actionnaire, l'introduction d'une action en responsabilité. Si l'action est reçue par le tribunal, le fondateur ou l'administrateur s'acquittera entre les mains de la société ou de la masse en faillite et le demandeur n'en retirera qu'un bénéfice indirect, après avoir eu à supporter les difficultés d'un procès souvent délicat. Mais le principe de l'intégrité du capital social le veut ainsi. Une seule exception est concevable : lorsque la société n'a pas de créanciers, que le ou les demandeurs sont seuls actionnaires et que la société est en liquidation. Le Tribunal fédéral a admis, dans un cas semblable, la possibilité du paiement direct entre

¹ A. WIELAND, *Z.S.R.* 23, p. 280 et 45, p. 260. Le Tribunal fédéral s'est rallié à ce système dans l'arrêt BRODTBECK c / ROSENMUND, *A.T.F.* 44 II 44 et s.

² Notamment WILDI, p. 144, qui pour d'autres motifs (p. 136 et 131), rejette la solution de WIELAND qu'il considère comme incompatible avec le caractère « individuel » de l'action accordée à chaque intéressé.

³ Dans l'arrêt BRODTBECK, *A.T.F.* 44 II 45.

les mains des demandeurs¹. Mais on peut dire légitimement de cette exception qu'elle ne fait que confirmer la règle.

107. EXEMPLES DE DOMMAGE DIRECT ET DE DOMMAGE INDIRECT. — On cite classiquement comme exemple de dommage direct de l'actionnaire, l'annulation sans droit des actions, le refus injustifié de laisser l'actionnaire participer à l'assemblée générale, la suppression d'un droit de souscription préférentiel². La chute du cours des actions, ensuite de perte affectant le patrimoine social, ne constitue, en revanche qu'un dommage indirect. WILDI, il est vrai, est d'un avis contraire³. Pour lui une perte sur cours consécutive à des indications inexactes sur les apports, reprises et avantages, constitue un dommage direct. Cette opinion est erronée. Dans un cas de ce genre, la chute du cours n'est que le symptôme ou la conséquence d'une atteinte au patrimoine social. Le dommage est effectif, indépendamment de la vente des titres à un cours inférieur à celui auquel l'actionnaire les a acquis. La chute du cours ne saurait, dans le cas cité, que manifester l'existence d'un dommage subi par la société. La chute du cours ne peut constituer un dommage direct pour l'actionnaire que dans le cas, assez exceptionnel, où elle n'est pas le signe d'une perte subie par la société. Si, dans un but de spéculation, les administrateurs entreprennent, par des ventes massives, de faire baisser le cours des actions de leur société, la valeur intrinsèque du patrimoine social et partant celle de l'action, n'en sera pas affectée. L'actionnaire, en revanche, pourra en souffrir, s'il est contraint de vendre ses titres. Il est vrai qu'il risque de se voir opposer victorieusement l'objection qu'il s'est fait lui-même l'auteur de son dommage, en vendant à un moment inopportun des titres dont la valeur réelle était demeurée inchangée.

108. LE DOMMAGE DIRECT ET LE DOMMAGE INDIRECT DANS LA RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS. — Si la distinction entre

¹ Arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, *A.T.F.* 59 II 456-457.

² KARL WIELAND, *Handelsrecht*, II, p. 139. Voir aussi d'autres exemples chez RUEGG, p. 109, qui semble d'ailleurs, sur ce point, attribuer aux dispositions sur la responsabilité des fondateurs un rôle qui ne s'accorde guère avec leur système.

³ WILDI, p. 92.

dommage direct et dommage indirect joue un rôle important dans les actions dirigées contre les administrateurs, si elle peut jouer un rôle dans les actions dirigées contre les contrôleurs et les liquidateurs, peut-il jamais, de l'une des infractions définies à l'art. 753, résulter un dommage qui atteindrait directement l'actionnaire ou le créancier sans léser la société ? WEHRLI l'affirme; il ajoute même que le seul dommage dont les fondateurs auront jamais à répondre, sur la base de l'art. 753, ch. 1 au moins, sera toujours un dommage direct de l'actionnaire ou du créancier. Il estime que la nécessité d'un rapport de causalité entre l'inobservation des prescriptions légales et le dommage a pour conséquence que l'action fondée sur l'art. 753, ch. 1 ne peut être mise en œuvre que pour le dommage direct subi par l'actionnaire ou le créancier. Il envisage, en effet, que le rapport de causalité ne sera établi que par la preuve d'une tromperie : tromperie de l'actionnaire induit à souscrire ou tromperie des créanciers induits à consentir un crédit à la société sur la foi de renseignements inexacts sur la composition du capital social. Mais, continue WEHRLI, si les indications inexactes des statuts peuvent induire les actionnaires ou les créanciers en erreur, on ne peut concevoir qu'elles produisent un effet subjectif sur la société, d'où il suit que la dissimulation d'un apport ou d'une reprise ne saurait causer aucun dommage à la société ¹.

Sans doute notre auteur envisage-t-il la possibilité de voir la responsabilité des fondateurs « dépasser » les limites étroites qu'il lui assigne. Il lui semble bien que la loi « paraît admettre » la possibilité d'un dommage direct pour la société. Il serait concevable, ajoute-t-il, que les fondateurs puissent être rendus responsables du dommage que l'acquisition de biens surévalués peut causer à la société. On pourrait justifier cette responsabilité étendue en faisant valoir que les fondateurs se sont soustraits à tout contrôle en n'observant pas les dispositions sur la fondation qualifiée et qu'ils ont pu ainsi attribuer aux biens repris la valeur qui leur convenait. Mais, toujours pour WEHRLI, la preuve d'un rapport de causalité entre l'omission de toute indication

¹ WEHRLI, p. 119-120.

et le dommage subi par la société ne serait pas suffisamment établie. Le dommage en effet ne devient effectif dans un cas de ce genre qu'une fois la fondation terminée, lorsque l'administration exécute les engagements, nuls en eux-mêmes, pris par les fondateurs ¹.

Nous examinerons ci-dessous l'argument que WEHRLI tire d'un prétendu défaut de causalité. En ce qui concerne la nature du dommage que notre auteur prétend direct, son raisonnement est erroné à mesure qu'il ne tient pas compte de l'origine de ce dommage. On peut concevoir sans doute que des renseignements inexacts sur la composition du patrimoine social, communiqués à des actionnaires sur le point de souscrire ou à un bailleur de fonds dont on cherche à obtenir un crédit, soient de nature à leur porter préjudice sans que ces indications aient aucune incidence sur le capital social ². Mais le fait de donner de tels renseignements tombe sous le coup de l'art. 752 qui statue la responsabilité des auteurs de prospectus, circulaires et documents analogues, ou éventuellement de l'art. 41, si ces renseignements n'ont pas été fournis à l'occasion de la fondation ou d'une émission d'actions ou d'obligations. Or, dans le cas de l'art. 753, ch. 1, il ne s'agit pas de faux renseignements de cette nature. Pour que la définition inexacte ou incomplète, le fait de dissimuler ou de déguiser des apports ou reprises, ou enfin d'autres agissements illégaux commis lors de l'approbation d'apports ou de reprises, puissent causer un dommage à l'actionnaire pris individuellement, il faut encore que la dissimulation recèle une surévaluation des biens apportés ou repris. WEHRLI n'explique pas comment une simple dissimulation pourrait causer un dommage à l'actionnaire et au créancier, et pour cause. L'apport ou la reprise surévalués ne portent préjudice à l'actionnaire ou au créancier que dans la mesure où le patrimoine social est atteint ³. Réciproquement, la dissimu-

¹ WEHRLI, p. 121 et 122.

² Voir arrêt BÉRARD c/ AUCKENTHALER, A.T.F. 47 II 289 (indications inexactes sur la rentabilité d'un hôtel et la souscription d'un emprunt hypothécaire); URRINGER c/ HENGGELE, A.T.F. 49 II 241 (déclaration fautive adressée au registre du commerce et selon laquelle l'augmentation du capital est entièrement libérée); WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 231 (renseignements inexacts sur le résultat de l'exploitation, donnés à un bailleur de fonds).

³ A. WIELAND, Z.S.R. 41, p. 524; WILDI, p. 86.

lation d'apports et de reprises n'entraîne aucun dommage si les biens apportés ou repris ont été estimés à leur valeur réelle. Sans doute, les indications inexactes des statuts auront pu donner à l'actionnaire ou au créancier une fausse image de la composition du capital social. Mais l'erreur dont ils auront été victimes n'aura aucune influence sur la valeur intrinsèque de ce capital et, par contre-coup, sur la valeur des actions ou sur la solidité des garanties du créancier. Ainsi de deux possibilités l'une : ou bien la définition inexacte cache une surévaluation et cause un préjudice direct à la société, ou bien elle a simplement pour but d'empêcher des tiers trop curieux de connaître la composition initiale du patrimoine social, sans que les biens apportés ou repris aient été surévalués, et alors ni la société ni l'actionnaire ou le créancier ne subissent aucun dommage¹. Notons enfin qu'il faut tenir compte de la complexité de la tâche des fondateurs et notamment du risque qu'ils courent de commettre en toute bonne foi des erreurs d'évaluation. Si, d'autre part, le patrimoine social peut se trouver affaibli dès le début de l'existence sociale par le simple fait qu'il comprend des biens en nature au lieu d'être intégralement composé de capitaux, il a été jugé néanmoins qu'une telle diminution de « force productive » ne constituait pas un dommage que les fondateurs étaient tenus de réparer².

109. L'ÉTENDUE DE LA RÉPARATION. — Les règles générales étant applicables, l'indemnité allouée aux victimes du dommage pourra être réduite ou supprimée conformément à l'art. 44 C.O.

Le Tribunal fédéral a, dans certaines espèces, équitablement réduit les dommages-intérêts alloués à la victime, en considération, par exemple, du but spéculatif de la fondation³, ou pour tenir compte de la maladie qui diminuait les facultés d'un administrateur au moment de l'accomplissement de l'acte domma-

¹ Le demandeur qui a été induit en erreur par de faux renseignements ne peut, selon le Tribunal fédéral, réclamer que des dommages-intérêts négatifs. Arrêt WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 234.

² Arrêt MULLER-WIDMER c/ HOFER, A.T.F. 28 II 105.

³ Arrêts BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 460; WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 293.

geable¹. Le fait que les fondateurs recherchés avaient agi comme hommes de paille, en revanche, n'a pas été retenu comme motif de réduction².

SOUS-CHAPITRE III. *LE RAPPORT DE CAUSALITÉ*

110. GÉNÉRALITÉS. — L'omission de toute indication statutaire sur les apports, les reprises et les avantages, ou le fait de donner des indications inexactes ou incomplètes, doivent être dans un rapport de cause à effet avec le dommage subi par la société, l'actionnaire ou le créancier. Sans doute l'omission des indications requises ou les indications inexactes ne sont-elles pas susceptibles par elles-mêmes d'entraîner un dommage. Il faut encore que les apports ou les reprises aient été surévalués ou que les avantages particuliers ne soient pas justifiés. Mais le système des dispositions sur la responsabilité des fondateurs et celui des dispositions sur la fondation qualifiée, manifestent clairement que le législateur a entendu confier aux seuls intéressés directs, société, actionnaires et créanciers, le contrôle des opérations de la fondation. C'est dans la mesure où les fondateurs n'ont pas exécuté les obligations que la loi leur impose pour permettre et faciliter ce contrôle, qu'ils engagent leur responsabilité. En d'autres termes, la responsabilité des fondateurs est conditionnée par l'existence d'un rapport de causalité entre la dissimulation et la surévaluation d'une part. Un simple rapport de causalité entre la surévaluation et le dommage n'est pas suffisant³.

Les règles habituelles, relatives à la détermination du rapport de causalité, sont applicables également en ce qui concerne la responsabilité des fondateurs. Il n'est pas nécessaire de les rappeler ici. Nous nous bornerons à examiner quelques aspects particuliers du problème.

111. LE RAPPORT DE CAUSALITÉ ENTRE L'ACTE DOMMAGEABLE ET LE DOMMAGE DE LA SOCIÉTÉ. — Nous avons vu

¹ Arrêt WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 293.

² Arrêt BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 460. Voir aussi n° 114 *in fine* ci-dessous et arrêt UTTINGER c/ HENGgeler, A.T.F. 49 II 247. Voir encore n° 47 ci-dessus.

³ Arrêt non publié STENGLE c/ BANQUE POPULAIRE SUISSE, J.T. 1934, p. 279.

ci-dessus ¹ que WEHRLI soutenait l'opinion que la responsabilité des fondateurs ne pouvait avoir pour objet qu'un dommage direct subi par les actionnaires et les créanciers. Les indications inexactes données dans les statuts et le rapport des fondateurs ne peuvent, explique-t-il, tromper la société. D'autre part, au moment où l'activité des fondateurs cesse, le dommage que peut entraîner une fondation avec reprise de biens dissimulée n'est encore que virtuel. Si les statuts prévoient une fondation en espèces, seuls les statuts sont déterminants à l'égard de la société. Les accords intervenus entre les fondateurs et des tiers dans le but de remplacer les versements en espèces par le transfert à la société d'établissements ou d'autres biens, sont nuls. Si les administrateurs les exécutent, la société sera sans doute lésée, mais le dommage qu'elle subira aura été causé par les administrateurs et non par les fondateurs ².

Cette thèse, qui paraît logique, se heurte cependant à une première objection que nous avons déjà signalée : le dommage, si dommage il y a, atteindra la société en premier lieu puisque la reprise de biens surévaluée porte atteinte à l'intégrité du capital social. Ce n'est que par contre-coup et dans la mesure du dommage subi par la société, qu'actionnaires et créanciers seront touchés. Leur dommage sera donc bien un dommage indirect.

Si cette première objection n'est pas sans valeur, la thèse de WEHRLI ne supporte pas mieux l'examen sous le rapport de la causalité. Les fondateurs assez astucieux pour dissimuler des apports ou des reprises sous l'aspect d'une fondation en espèces, sauront se rendre compte à temps que la réussite de l'opération dépend de la docilité des premiers administrateurs. Nous avons vu que les moyens ne leur manquaient pas pour assurer la fidèle exécution de leurs plans. Un examen formaliste des opérations de la fondation postérieure peut peut-être conduire à la conclusion que l'exécution de ces opérations ne dépend pas des mêmes personnes que leur préparation. En fait et même si les agents d'exécution ne sont pas identiques aux instigateurs de la fondation postérieure — cette identité est cependant fréquente,

¹ N° 108.

² WEHRLI, p. 116-119.

les fondateurs se faisant souvent nommer administrateurs — ils ne seront jamais que des agents d'exécution, subalternes, soumis à la volonté des fondateurs. Leur libre appréciation, invoquée par SCHULTHESS notamment, n'est qu'apparente. Vulgaires hommes de paille ou administrateurs contraints économiquement de passer par la volonté des fondateurs, leurs pouvoirs seront toujours limités et en fait ils n'agiront qu'en subordonnés, en mandataires occultes des fondateurs.

Peut-on, dans ces conditions, s'arrêter à l'image purement apparente d'une administration autonome, appréciant librement les avantages et les inconvénients de l'acquisition d'importants établissements ? L'activité légale des fondateurs cesse en même temps que celle des administrateurs commence. Cette succession rompt-elle le lien de causalité, empêche-t-elle jamais les opérations conçues et préparées par les fondateurs de parvenir à chef ? Tel est, en définitive, le nœud de la question. Si on pouvait concevoir la possibilité pratique d'un échec des plans des fondateurs, si les cas de fondations postérieures qu'on trouve dans la jurisprudence permettaient de constater que la volonté des fondateurs ne détermine pas à tout coup celle des administrateurs, alors on pourrait mettre en doute l'inéluctabilité de la réussite de l'opération. On ne rencontre cependant aucun exemple de cette nature. Les seules espèces où une action dirigée contre les fondateurs a échoué, faute de rapport de causalité suffisant entre les actes qui leur étaient reprochés et le dommage, sont sans rapport avec cette question particulière ¹.

Une circonscription aussi étroite de la responsabilité heurterait au surplus le système de l'art. 753. Le problème se ramène en somme à définir la notion de fondateur. Il est contraire à l'esprit de l'art. 753 de limiter objectivement le cercle des « personnes qui coopèrent à la fondation ». Si la loi emploie à dessein cette formule très générale, ce n'est pas pour qu'on en

¹ Ainsi dans l'arrêt MULLER-WIDMER c/ HOFFER, A.T.F. 28 II 103 où l'activité de Hofer présentait indiscutablement les signes objectifs qui caractérisent habituellement l'activité des fondateurs. C'est ainsi que, nommé secrétaire de l'assemblée constitutive, il avait signé en tant que fondateur des statuts qui constataient que les actions étaient libérées à 100 %, alors qu'en fait elles ne l'étaient qu'à 20 %. Le Tribunal fédéral admit qu'ayant libéré lui-même ses actions à 100 %, le défendeur ne pouvait se douter que d'autres souscripteurs n'en avaient pas fait de même

restreigne le champ d'application aux personnes qui agissent avant l'inscription de la société au registre du commerce. La rédaction de l'art. 753 montre clairement que la volonté du législateur a été de tenir compte moins des critères extérieurs et juridiques que des éléments de fait de l'activité des fondateurs. On ne saurait contester que certains actes, encore qu'ils soient accomplis en dehors des limites légales de la période constitutive, ont avec la fondation et principalement la constitution du patrimoine social, un lien organique étroit. Il en est ainsi des opérations ayant pour objet de substituer aux versements en espèces prévus par les statuts, l'apport d'établissements ou d'autres biens ¹. On doit relever enfin que la dissimulation ou la définition inexacte ou incomplète empêche l'assemblée constitutive ou l'assemblée des fondateurs d'exercer sur la fondation le contrôle qui leur incombe. Ce contrôle, l'assemblée constitutive ou l'assemblée des fondateurs l'exercent en tant qu'organes de la société en formation. On ne voit pas pourquoi une manœuvre, qui empêcherait un organe social d'opérer les vérifications qui rentrent dans ses attributions, demeurerait sans effet à l'égard de la société pour qui cet organe agit. Y eût-il même, parmi les personnes assistant à l'assemblée, un ou plusieurs fondateurs parfaitement renseignés sur la situation exacte, que cela ne permettrait pas de considérer que l'assemblée elle-même a été renseignée. Les principes que la jurisprudence et la doctrine ont dégagés relativement à la décharge peuvent être appliqués par analogie à cette question. On admet que la décharge ne porte que sur les éléments de la gestion qui ont pu être examinés au moyen des pièces soumises à l'assemblée générale ou d'indications données verbalement à cette assemblée. Les effets de la décharge ne peuvent s'étendre aux faits qui ne sont pas venus à la connaissance de l'assemblée ². Le Tribunal fédéral qui considérait autrefois qu'on pouvait tenir compte des faits connus de l'actionnaire personnellement (« *aus privatem Wissen* ») ³, est revenu sur cette opinion dans un arrêt récent, où il a jugé qu'on ne pouvait imputer à l'assemblée

¹ Voir RUEGG, p. 17 qui cite LEHMANN, I, p. 447.

² BACHMANN, n. 5 ad art. 655; voir aussi VON STEIGER, S.A.G. XV, p. 4.

³ Arrêt ETAT DE SOLEURE c/ NIGGLI, A.T.F. 18 608.

générale que la connaissance des faits qui ressortaient des indications dont elle avait eu connaissance ou des déclarations qui lui avaient été adressées ¹. Les faits connus de l'actionnaire en son particulier ne peuvent être retenus. Nous verrons ci-dessous que la décharge et la décision de l'assemblée constitutive de ratifier les clauses statutaires relatives aux apports, reprises et avantages, présentent entre elles de grandes analogies. Comme la décharge ratifie la gestion, ainsi l'approbation des clauses statutaires au sens des art. 636 et 638, ch. 3 ratifie les dispositions prises par les fondateurs, relativement aux apports, reprises et avantages. De même qu'on ne peut ratifier valablement qu'un acte de gestion dont on a connaissance, de même on ne peut approuver les conventions relatives aux apports, reprises et avantages, si ces conventions ont été dissimulées. Ainsi, lorsque l'assemblée constitutive ou l'assemblée des fondateurs n'a pas eu connaissance à temps de l'existence d'apports en nature, de reprises de biens ou d'avantages particuliers, ou lorsque les renseignements qu'on lui a donnés à ce sujet sont inexacts, elle sera dans l'impossibilité d'exercer efficacement au nom de la société la surveillance que la loi lui impose. Cette impuissance résulte de la dissimulation des apports, reprises et avantages voulue par les fondateurs ou certains d'entre eux.

Le lien de causalité entre l'omission des indications exigées par la loi ou le fait de donner des indications inexactes d'une part, le dommage de la société d'autre part, ne nous paraît ainsi pas contestable. En outre, la puissance de l'influence des fondateurs sur les premiers administrateurs, le rôle déterminant que l'absence d'indications exactes joue aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des actionnaires et des créanciers individuellement, constituent un lien de causalité suffisant.

112. LE DOUBLE EFFET DE L'ACTE DOMMAGEABLE. — Il n'en reste pas moins que l'acte dommageable imputé aux fondateurs doit produire un double effet : d'une part, il doit avoir porté atteinte au patrimoine social, d'autre part, il doit avoir empêché les actionnaires et les créanciers — sans parler de l'assemblée

¹ Arrêt VOLKSBANK REIDEN A. G. c/ KUNZ & CONSORTS, A.T.F. 65 II 10; J.T. 1939, p. 359 s.

constitutive ou de l'assemblée des fondateurs — de se rendre compte de la valeur réelle des biens composant le patrimoine social. En d'autres termes, le rapport de causalité entre l'acte dommageable et le dommage doit être à la fois objectif et subjectif ¹.

Si, dans son aspect objectif, le rapport de causalité est en général relativement facile à établir, il peut être plus délicat de prouver que les indications inexactes ou incomplètes sur les apports, reprises et avantages ont réellement été de nature à induire en erreur les actionnaires et les créanciers. — On doit réserver le cas de la fondation postérieure où l'omission complète de toute indication est indiscutablement propre à produire le double effet requis. Il n'est pas contestable que cette omission empêche les intéressés de se rendre compte que le capital social est composé partiellement ou totalement de biens en nature. Il est également évident, qu'en corrélation avec les conventions passées par les fondateurs et exécutées par des administrateurs dociles, cette omission est de nature à causer un dommage à la société, dans la mesure où les biens repris ont été surévalués.

113. LE CAS SPÉCIAL DE LA DÉFINITION INEXACTE OU INCOMPLÈTE. — L'indication des apports, reprises et avantages dans les statuts a pour objet d'attirer l'attention des intéressés sur les modalités de la fondation susceptibles d'affaiblir le capital social. Que les indications statutaires soient inexactes ou incomplètes, les actionnaires et les créanciers seront néanmoins informés de l'existence d'apports, reprises ou avantages. Il leur incombera du même coup de s'assurer que la valeur attribuée aux apports ou aux reprises n'est pas exagérée ou que les prestations récompensées par l'attribution d'avantages justifient cette attribution. S'ils négligent de procéder à cet examen, il leur sera difficile, le jour où une éventuelle surévaluation se découvrira, de faire admettre un rapport de causalité entre les inexactitudes ou les lacunes des indications statutaires, et leur dommage. Les fondateurs auront beau jeu d'invoquer une banale erreur d'évaluation, d'autant plus excusable qu'elle aura passé

¹ Arrêt BASLER KANTONALBANK c/ BASLER BAUGESELLSCHAFT, A.T.F. 36 II 548.

inaperçue des actionnaires ou des créanciers, dont l'attention était cependant spécialement attirée sur les apports, reprises ou avantages. Il en irait différemment, en revanche, si les fondateurs avaient prévenu d'éventuelles demandes de renseignements, ou répondu à de telles demandes par des déclarations propres à endormir toutes inquiétudes.

La difficulté de la preuve d'un lien subjectif de causalité est ainsi bien plus grande lorsque les statuts ne sont pas absolument muets sur les apports, reprises et avantages. Dans le cas d'une omission complète des indications exigées par la loi, les actionnaires et les créanciers n'ont aucune raison d'examiner avec un soin particulier la composition du capital social. Si, au contraire, les statuts mentionnent l'existence d'apports, de reprises ou d'avantages, les victimes du dommage devront prouver que, trompées sur la valeur des éléments du capital social, elles avaient cependant voué l'attention nécessaire à contrôler l'évaluation d'apports, de reprises ou d'avantages dont elles connaissaient l'existence.

Les indications incomplètes, comparées à l'omission totale de toute indication statutaire, suscitent donc certaines difficultés dans la preuve du lien de causalité. Certains auteurs vont plus loin et n'hésitent pas à écrire que la seule connaissance de l'existence d'apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers, suffit à priver actionnaires et créanciers du droit de réclamer réparation du dommage subi ¹. Cette déchéance n'est concevable que dans le cas où les intéressés étaient parfaitement renseignés sur tous les éléments de l'opération et connaissaient la valeur réelle des apports ou des reprises ². Dans une telle

¹ WILDI, p. 78; WALDER, S.A.G. III, p. 36.

² RUEGG, p. 55. Voir aussi arrêt *BASLER KANTONALBANK c/ BASLER BAUGESSELLSCHAFT, A.T.F.* 36 II 548, où la demanderesse, créancière hypothécaire et actionnaire de la défenderesse, ne pouvait prétendre ignorer comme actionnaire des faits dont elle avait connaissance comme créancière hypothécaire, alors même que les statuts ne contenaient pas toutes les indications nécessaires. Elle n'était pas dans la même situation qu'un tiers quelconque, qui n'aurait pu fonder son jugement que sur les statuts. — De même et quelles que soient les lacunes des statuts, si le premier rapport de gestion complète les indications des statuts ou que les renseignements nécessaires soient fournis par les administrateurs à l'occasion de la première assemblée générale qui suit la fondation, les informations que les actionnaires recueillent ainsi peuvent remplir le même rôle que les indications statutaires, si elles contiennent les mêmes éléments (HENGGELE, p. 28). L'actionnaire ainsi renseigné doit agir immédiatement, s'il veut sauvegarder son droit d'exiger réparation

éventualité, en effet, on ne saurait prétendre que la cause du dommage réside dans des indications statutaires inexactes ou incomplètes. Connaissant la situation, les actionnaires et les créanciers avaient toute latitude soit de ne pas souscrire soit de refuser tout crédit à la société.

114. L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DU RAPPORT DE CAUSALITÉ. — Faut-il aller plus loin et exiger comme le Tribunal supérieur zurichois, dans un jugement d'ailleurs ancien, que le créancier fasse la preuve qu'il a cherché à prendre connaissance des statuts et de l'inscription au registre du commerce, motif pris que la publication de cette inscription n'atteint qu'un cercle de personnes restreint et qu'on n'est pas en droit de présumer que le créancier faisait partie de ce cercle¹? HENGELER semble se rallier à cet avis². On doit remarquer cependant que le Tribunal fédéral a fondé sur l'art. 932 C.O. — ou sur la disposition correspondante du Code de 1881 — la présomption que les inscriptions au registre du commerce sont connues de chacun³. On ne saurait donc plus imposer au créancier la preuve mise à sa charge par le Tribunal supérieur zurichois.

HENGELER estime d'autre part que lorsque l'actionnaire a acquis ses actions sans examiner les statuts, le rapport de causalité entre les indications inexactes et le dommage fait défaut⁴. Il convient de se souvenir cependant qu'en omettant toute indication dans les statuts ou en donnant des indications inexactes, les fondateurs ont paralysé ou entravé le contrôle que l'assemblée constitutive ou l'assemblée des fondateurs devait exercer indépendamment des investigations personnelles de l'actionnaire ou du créancier. Si l'assemblée constitutive — ou l'assemblée des fondateurs — avait pu remplir son rôle, le dommage

d'un dommage éventuel. En restant inactif, il donne la preuve que les indications inexactes ou incomplètes des statuts ont été sans effet sur sa détermination de devenir actionnaire. — Dans l'arrêt WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 236, le Tribunal fédéral a réduit l'indemnité allouée au demandeur, motif pris que celui-ci aurait pu connaître la situation exacte, s'il avait demandé une expertise comptable.

¹ *Bl. Z.R.* 3, p. 360, arrêt SCHWEIZER MINERALWASSERGESELLSCHAFT; 8, p. 345, arrêt LEHKASSE RICHTERSWILL c/ GYR-GUYER & CONSORTS.

² HENGELER, p. 15.

³ Arrêt BUGNION c/ SOCIÉTÉ SUISSE D'AMEUBLEMENT, A.T.F. 42 II 581.

⁴ HENGELER, p. 15.

eût vraisemblablement été évité, que l'actionnaire ou le créancier eût ou non pris connaissance individuellement des statuts ou de l'inscription au registre du commerce. On doit relever en outre que si les fondateurs entendent se libérer de leur responsabilité, c'est à eux qu'il incombe d'invoquer telle exception qu'ils croient pouvoir faire valoir : absence de dommage, absence de faute ou absence de lien de causalité. On ne saurait créer la présomption que les actionnaires et les créanciers ne se renseignent pas, et imposer au demandeur l'obligation de renverser cette présomption. Sans doute serait-il excessif de présumer la causalité et de condamner les fondateurs à réparer un dommage que la passivité ou l'incurie des actionnaires ou des créanciers a contribué à causer. Mais il ne serait pas moins excessif d'exiger à tout coup du demandeur qu'il fasse la preuve qu'il a lu les statuts, le rapport des fondateurs ou l'inscription au registre du commerce. Au demeurant, on ne voit pas comment il pourrait faire cette preuve. Tout au plus, pourrait-il établir qu'il a pris les mesures nécessaires pour se renseigner.

Au surplus, comme WEHRLI le rappelle à bon droit, les indications incomplètes ou inexactes, de même que l'omission de toutes indications, violent une disposition légale impérative statuée dans l'intérêt des actionnaires et des créanciers¹. Le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne pouvait, dans les cas où la responsabilité des administrateurs était mise en cause, exiger une preuve rigoureuse et absolue du rapport de causalité, mais qu'on devait se contenter d'une certitude fondée sur le cours ordinaire des choses et sur l'expérience de la vie². Cette opinion vaut également pour la responsabilité des fondateurs. En d'autres termes et comme l'écrit WEHRLI, la responsabilité des fondateurs est engagée dès que l'inobservation des prescriptions sur la fondation qualifiée est, par elle-même, de nature à induire l'actionnaire et le créancier en erreur sur la substance et les éléments du patrimoine social³.

¹ WEHRLI, p. 118; voir aussi HENGgeler, p. 15.

² Arrêt BÉRARD ET CONSORTS c/ AUCKENTHALER ET CONSORTS, A.T.F. 47 II 293 (voir aussi même arrêt, p. 286); arrêt BÉTHUSY ET CONSORTS c/ THALBERG ET KAHN, A.T.F. 59 II 452.

³ WEHRLI, p. 118; *Bl. Z.R.* 3, p. 3, arrêt SCHWEIZER MINERALWASSERGESELLSCHAFT; SIEGWART, n. 29 ad art. 268.

Pour le surplus, et comme nous l'avons dit ci-dessus, on appliquera les règles habituelles, relatives à la détermination du rapport de causalité. On tiendra compte notamment de la part respective de chaque fondateur à l'acte dommageable ¹ et des éléments particuliers de chaque espèce ².

¹ SILBERNAGEL, p. 430.

² Arrêt MULLER-WIDMER c/ HOFER, *A.T.F.* 28 II 106, où le Tribunal fédéral a tenu compte des connaissances financières et de l'expérience des affaires des intéressés. Dans l'arrêt WEILL c/ ELSENER, *A.T.F.* 61 II 237, le Tribunal fédéral a même pris en considération l'état de santé dans lequel se trouvait un administrateur au moment de l'accomplissement de l'acte dommageable.

CHAPITRE XII

LA SOLIDARITÉ

115. GÉNÉRALITÉS. — Le Code de 1881 disposait expressément que les administrateurs et les contrôleurs répondent solidairement envers la société, les actionnaires et les créanciers, du dommage qu'ils leur causent (art. 673 et 674 anciens). En revanche, l'art. 671 qui réglait la responsabilité des fondateurs ne prescrivait pas la solidarité de cette responsabilité.

La doctrine et les tribunaux n'admettaient pas moins que les fondateurs répondaient solidairement du dommage qu'ils avaient causé. Cette opinion s'appuyait notamment sur l'art. 60 ancien devenu l'art. 50 du Code actuel¹. Le Code de 1937 a introduit ce principe dans la loi en disposant à l'art. 759, qui s'applique aussi bien aux fondateurs qu'aux administrateurs, contrôleurs et liquidateurs, que les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement.

On remarque que cette règle, qui institue la solidarité pour les responsabilités spéciales du droit de la société anonyme, ne reproduit pas exactement l'art. 50 statuant la responsabilité solidaire des auteurs d'un dommage délictuel. Aux termes de l'art. 50, une pluralité d'auteurs sont responsables solidairement lorsqu'ils ont *causé* (« *verschuldet* ») ensemble un dommage. L'art. 759, en revanche, fait dériver la solidarité d'une *responsabilité* commune (« *Sind mehrere Personen verantwortlich...* »).

116. LE CARACTÈRE PARTICULIER DE LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE DE L'ART. 759. — On peut être responsable d'un dommage sans l'avoir causé. Faut-il déduire de la rédaction spéciale de l'art. 759 que le législateur a entendu donner à la notion de solidarité une portée plus étendue lorsqu'elle s'applique aux

¹ WILDI, p. 115; RUEGG, p. 63; BACHMANN, n. 11 ad art. 671 (et les auteurs qu'il cite); ROSSEL, *Manuel*, 4^e éd., II, p. 151, n. 3. Arrêts GLASER-GALLION ET CONSORTS c/ ROMMEL, A.T.F. 32 II 280 et BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 458.

actions en responsabilité des art. 752 et suivants ? — On pourrait le croire. Ce n'est cependant pas l'avis de la doctrine qui s'efforce au contraire de réduire les conséquences de la solidarité de la responsabilité des fondateurs, administrateurs, etc. L'opinion dominante subordonne en effet la mise en œuvre de la responsabilité solidaire de l'art. 759 à l'existence d'une *faute commune*. Si le dommage subi par la société, les actionnaires ou les créanciers résulte de la faute d'un seul ou de quelques fondateurs parmi plusieurs, la responsabilité de toutes les autres personnes ayant participé à la fondation n'est pas engagée du même coup. Il faut encore que le dommage résulte d'une activité commune des fondateurs pris à partie ¹. En revanche, le fondateur qui n'aura commis qu'une négligence légère, sera responsable au même titre que celui qui aura commis une négligence grave ou un dol ². Il ne saurait être reçu à invoquer que sa faute est moins grave que celle de tel autre fondateur. C'est là en tout cas le principe posé par le Tribunal fédéral ³ et auquel SCHUCANY se rallie ⁴. Avec HENGgeler, il convient cependant de se demander pourquoi un fondateur coupable d'une simple négligence ne pourrait pas prétendre supporter une part moins lourde de l'indemnité à verser. HENGgeler fait valoir ⁵ que le Tribunal fédéral n'hésite pas à réduire, en vertu des art. 43 et 44 C.O., la responsabilité d'un administrateur unique, notamment quand l'acte dommageable a été commis à l'occasion d'une opération de caractère spéculatif ⁶. On ne voit pas pourquoi, ajoute-t-il, on ne tiendrait pas compte, en cas de pluralité de responsables, de la gravité des fautes respectives. Il conviendrait, ajoute-t-il, d'interpréter l'art. 759 en ce sens que seuls répondraient solidairement les fondateurs contre lesquels le demandeur peut faire valoir ses droits sans se voir opposer aucun motif de réduction au sens de l'art. 44.

¹ BACHMANN, n. 11 ad art. 671 et n. 2 ad art. 673; RUEGG, p. 65; GLASSON, p. 155; WEHRLI, p. 114.

² KAESLIN, p. 46; HENGgeler, p. 57.

³ Arrêts HAEBERLI c/ FLÜCKIGER, A.T.F. 55 II 314; BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 458.

⁴ SCHUCANY, ad art. 759.

⁵ HENGgeler, p. 58; même avis KAESLIN, p. 47.

⁶ Arrêts WEILL c/ ELSENER, A.T.F. 61 II 235 et BÉTHUSY & CONSORTS c/ THALBERG & KAHN, A.T.F. 59 II 460.

CHAPITRE XIII

LES TITULAIRES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ ET L'EXERCICE DE CETTE ACTION

117. LE PROBLÈME. — Nous avons examiné, dans les chapitres précédents, la fonction de la responsabilité des fondateurs et les conditions de l'action. Il nous reste à étudier quelles sont les personnes qualifiées pour agir et dans quelle mesure elles peuvent faire valoir leurs droits.

L'art. 753, comme l'art. 671 ancien, accorde une action en réparation à la société, de même qu'à l'actionnaire et au créancier. Nous avons déjà vu quelles étaient les mesures prises par le législateur pour éviter que plusieurs actions intentées à la fois par la société et par un actionnaire ou un créancier n'aient pour conséquence de contraindre les fondateurs à réparer deux ou plusieurs fois le dommage qu'ils ont causé. Le problème que nous devons traiter maintenant est celui de la *qualité pour agir* de la société, de l'actionnaire et du créancier. Ce problème sera examiné uniquement en fonction de l'action en réparation du dommage indirect. La réparation du dommage direct ne soulève en effet aucune question spéciale.

SOUS-CHAPITRE I. LA SOCIÉTÉ

118. L'ACTION DE LA SOCIÉTÉ. — La surévaluation des apports en nature et des reprises de biens, l'attribution d'avantages particuliers excessifs, ont pour conséquence immédiate de porter atteinte au patrimoine social. L'actionnaire et le créancier supporteront nécessairement les conséquences de cette atteinte, mais la société elle-même est lésée avant eux. C'est elle la pre-

mière et la principale intéressée ¹. Avant d'accorder une action au créancier ou à l'actionnaire, il incombait de reconnaître à la société le droit de demander la réparation du dommage subi. La société est qualifiée pour agir comme telle tant qu'elle existe, soit dès son inscription au registre du commerce (art. 643, 1^{er} al.) et jusqu'à sa radiation (art. 746). Le cas échéant, l'action sera exercée par la société en liquidation ou par la masse en faillite.

La question de savoir quel est l'organe social qualifié pour prendre la décision d'ouvrir action sera examinée à la lumière des statuts et pour chaque cas particulier. Dans le silence des statuts, c'est évidemment à l'assemblée générale qu'il appartiendra en principe de se prononcer sur une question de cette importance. Mais les administrateurs pourraient s'exposer eux-mêmes à une action en responsabilité s'ils ne prenaient pas l'initiative d'agir de leur propre chef en cas d'urgence, quitte à obtenir de la plus prochaine assemblée générale une décision ratifiant les mesures qu'ils auront prises.

119. LA DÉCHARGE. — La société, première victime des irrégularités de la fondation et principale intéressée à la réparation du dommage, jouit des droits les plus étendus pour obtenir réparation de ce dommage. Son action n'est pas conditionnée par l'ouverture de la faillite, comme celle du créancier; elle n'est pas limitée dans ses conclusions comme celle de l'actionnaire qui a subi un dommage indirect. En revanche, elle peut se voir opposer une exception tirée de la décharge.

La décharge est une reconnaissance négative de dette ². Elle signifie que pour un exercice donné, la société ne pourra faire valoir aucune créance contre les administrateurs relativement à la gestion et qu'elle renonce à d'éventuelles actions en réparations ³.

La portée de la décharge, le point de savoir notamment

¹ WILDI, p. 120; RUEGG, p. 29.

² VON TUHR, vol. II, p. 572.

³ KARL WIELAND, *Handelsrecht*, II, p. 132; VON STEIGER, *S.A.G.* XV, p. 2; BACHMANN, *Festschrift*, p. 694; arrêts ETAT DE SOLEURE c/ KAISER, *A.T.F.* 14 705; VALENTINI & CORTI c/ BAUGENOSSENSCHAFT KLUSHALDE, *A.T.F.* 51 II 70; VOLKSBANK REIDEN c/ KUNZ, *A.T.F.* 65 II 12.

dans quelle mesure l'insuffisance des renseignements donnés à l'assemblée générale peut l'invalider, le rôle que jouent les faits connus des contrôleurs mais ignorés des actionnaires, autant de questions qui ont été longuement discutées par la doctrine et les tribunaux. D'une manière générale, on peut dire que le Tribunal fédéral a tendance à limiter l'effet libératoire de la décharge. Il en subordonne en tout cas la validité à la réalisation de conditions fort strictes. Les administrateurs au bénéfice d'une décision de décharge ne sont pas préservés pour autant de toute action en responsabilité¹. On peut résumer la tendance actuelle de la doctrine et des tribunaux en disant avec BACHMANN que la décharge est sans valeur lorsqu'il est prouvé que l'assemblée générale ne l'aurait pas votée si elle avait connu les faits tels qu'ils se sont passés².

120. LA DÉCHARGE ET LA RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS. — La décharge joue un rôle important dans les actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs. Votée chaque année par l'assemblée générale ordinaire, elle ratifie la gestion des affaires sociales de l'exercice écoulé. Elle est, en revanche, sans effet sur l'action en responsabilité dirigée contre les fondateurs. Par définition, la décharge ne peut s'appliquer aux opérations de la fondation qui sont antérieures au début de l'existence sociale et auxquelles les administrateurs en tant que tels n'ont pris aucune part.

Une étude sur la responsabilité des fondateurs ne saurait cependant passer entièrement sous silence les problèmes soulevés par la décharge. Ainsi, dans le cas d'une augmentation de capital, les administrateurs chargés de procéder à l'opération remplissent le rôle dévolu aux fondateurs dans la création de la société. La surévaluation d'apports en nature ou de reprise de biens, l'attribution d'avantages particuliers excessifs à l'occasion d'une augmentation du capital social, peuvent léser non seulement les personnes qui souscrivent le nouveau capital

¹ La décharge est une déclaration de volonté de l'assemblée générale; comme telle elle est soumise aux dispositions légales sur l'erreur et le dol. Elle peut être attaquée également pour atteinte aux mœurs (HENGGELE, p. 53).

² BACHMANN, *Festschrift*, p. 700.

mais aussi la société et les actionnaires actuels. D'autre part, une telle opération, bien que ne faisant pas partie des tâches courantes des administrateurs, se trouvera soumise à l'examen de l'assemblée générale en même temps que la gestion de l'exercice correspondant. Le vote de la décharge préservera les administrateurs non pas de toute action en responsabilité, mais en tout cas de celle que la société et les actionnaires qui ont voté la décharge entendraient diriger contre eux.

Les principes formulés par le Tribunal fédéral et la doctrine au sujet de la décharge, peuvent, d'autre part, trouver une application par analogie dans la solution de certains problèmes qu'on rencontre dans la fondation qualifiée. Aux termes des art. 635, 2^e al. et 638, ch. 2, l'assemblée constitutive ou l'assemblée des fondateurs ont à constater que le capital social est entièrement souscrit, que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts pour les versements minimum à opérer sur chaque action a été consigné ou est couvert par les apports statutaires, et enfin que versements et apports sont à la disposition de la société. Ces constatations interviendront sur la base des pièces présentées (bulletins de souscription, projet de statuts, attestation de l'Office de consignation, conventions relatives aux apports et reprises, etc.) et des indications verbales données par les promoteurs de la fondation.

Ces diverses constatations de l'assemblée constitutive ou de l'assemblée des fondateurs peuvent se comparer, dans une certaine mesure, à la décision de l'assemblée générale accordant décharge aux administrateurs. Elles impliquent, en effet, ratification des actes des fondateurs, puisque les conventions présentées et les dispositions statutaires adoptées ne sont autre chose que l'aboutissement des négociations des fondateurs. Il serait concevable dès lors que les personnes qui ont pris part à l'assemblée constitutive ou à la réunion des fondateurs, se voient opposer, dans une action en responsabilité qu'elles dirigeraient contre tel fondateur, l'exception tirée du fait qu'elles ont approuvé les opérations qu'elles prétendent illicites.

Il va de soi que cette exception ne pourra être retenue que dans la mesure où les pièces soumises à l'assemblée constitutive ou à l'assemblée des fondateurs et les indications verbales qui

les accompagnaient, permettaient de se faire une idée exacte des modalités de la fondation. Si ces pièces ou les indications données verbalement étaient incomplètes ou inexactes, les décisions qu'elles ont motivées perdent tout ou partie de leur valeur de ratification.

Quoi qu'il en soit, que les dispositions légales sur la décharge puissent théoriquement trouver une application directe ou seulement analogique en matière de responsabilité des fondateurs, elles ne joueront jamais en fait qu'un rôle occasionnel dans les actions intentées sur la base de l'art. 753. La véritable fonction de la décharge est de libérer l'administrateur de toute responsabilité pour la gestion qu'elle concerne. Nous pouvons nous dispenser, dès lors, d'en faire un examen plus approfondi ¹.

Sous-CHAPITRE II. L'ACTIONNAIRE

121. L'ACTION DE L'ACTIONNAIRE. — Si la société entreprend elle-même d'obtenir réparation du dommage qu'elle a subi, l'actionnaire ne peut, de son côté, prendre à partie les fondateurs responsables. Aussi longtemps que l'action introduite par la société sera pendante, celle de l'actionnaire devra être suspendue. Si la société obtient gain de cause, l'actionnaire ne sera plus qualifié pour agir ². La même personne ne peut en effet être condamnée à réparer deux fois le même dommage ³. L'actionnaire ne peut agir que dans la mesure où la société elle-même est lésée. N'a-t-elle pas subi de dommage ou le dommage a-t-il été réparé, que la société n'a plus de prétention à faire valoir, de même l'actionnaire ⁴.

¹ Outre les auteurs et les arrêts cités à page 199, note 3, voir aussi BÉGUELIN, « Contribution à l'étude de la responsabilité civile des administrateurs de la société anonyme », *J.T.* 1901, et les arrêts suivants du Tribunal fédéral : ETAT DE SOLEURE c/ KAISER, *A.T.F.* 14 705; ETAT DE SOLEURE c/ NIGGLI, *A.T.F.* 18 606; GLASER-GALLION c/ ROMMEL, *A.T.F.* 32 II 280; VALENTINI & CORTI c/ BAUGENOSSENSCHAFT KLUSHALDE, *A.T.F.* 51 II 70; VOLKSBANK REIDEN c/ KUNZ, *A.T.F.* 65 II 2; S. A. GRANDMOUSIN, BOCHATEY & CIE EN LIQUID., *A.T.F.* 67 II 174.

² WILDI, p. 88.

³ Il s'agit, bien entendu, de la réparation du dommage indirect. Le problème de la réparation du dommage direct subi par l'actionnaire ne soulève aucune difficulté.

⁴ Arrêt WEISSER c/ HOIRS WUTHRICH, *A.T.F.* 33 II 261.

Mais la société n'est pas tenue d'actionner les fondateurs et l'actionnaire ne dispose d'aucun moyen pour l'y contraindre. Sans doute peut-il théoriquement proposer l'introduction d'une action à l'assemblée générale. Il risquera cependant de se heurter à des obstacles nombreux quand il cherchera à réunir la majorité nécessaire pour faire adopter sa proposition.

Aussi bien, l'action que la loi accorde à l'actionnaire lui sera-t-elle utile, sinon pour obtenir directement la réparation d'un dommage qu'il n'a subi qu'indirectement, du moins pour contraindre les fondateurs d'indemniser la société.

La qualité pour agir proprement dite, à supposer que les conditions de l'action soient réalisées, prend naissance en même temps que la qualité d'actionnaire. Ce point ne présente pas de difficultés.

122. LA QUALITÉ POUR AGIR DE L'ACTIONNAIRE QUI A VENDU SES ACTIONS. — La question de savoir si elle subsiste après la vente des actions est, en revanche, controversée. C'est ainsi que pour BACHMANN, le demandeur ne doit pas nécessairement être actionnaire au moment de l'introduction de l'action. Il suffit qu'il l'ait été au moment où le dommage a été causé¹. BACHMANN semble chercher à motiver cette opinion en invoquant que fréquemment l'actionnaire ne sera en mesure de chiffrer le dommage subi qu'au moment où il réalisera ses titres. L'argument de BACHMANN ne résiste pas à l'examen. Si les actions sont cotées régulièrement, il n'est pas nécessaire de les vendre pour connaître leur valeur vénale. Si elles ne sont pas cotées, l'acquéreur se fera de toute façon présenter les documents propres à lui permettre d'estimer la valeur réelle des titres qu'on lui offre. L'actionnaire peut faire lui-même ce calcul au même titre qu'un acquéreur éventuel. En un mot, on ne voit pas pourquoi la vente serait nécessaire pour déterminer la valeur de l'action. On peut même aller plus loin et dire qu'elle est non seulement superflue, mais encore contre-indiquée, puisque c'est sa conclusion qui rendra irréparable le dommage subi par le vendeur, auquel une restauration possible du patrimoine social,

¹ BACHMANN, n. 12, litt. b. *in fine* ad art. 671. Même avis WILDI, p. 133; RUEGG, p. 41.

avec la reprise du dividende et la hausse des titres qu'elle entraînera tôt ou tard, ne seront plus d'aucun profit. On peut dire que si les fondateurs causent un dommage à l'actionnaire, ce dommage ne deviendra définitif qu'au jour où l'actionnaire vendra ses titres. Jusqu'à ce jour et dans les limites du délai de prescription, l'actionnaire aura toujours le moyen d'obtenir réparation, à condition que les fondateurs ne soient pas insolubles. On ne saurait, comme RUEGG¹ tirer argument du principe de la transmissibilité de l'action pour combattre ce point de vue. La transmissibilité n'est pas en cause, mais bien l'opportunité d'une vente opérée à un moment défavorable.

Aussi bien, les auteurs qui soutiennent que la perte de la qualité d'actionnaire est sans effet sur la qualité pour agir ne tiennent pas compte de l'origine du préjudice subi par l'actionnaire. Ce dommage n'est que la conséquence du dommage subi par la société elle-même. L'actionnaire qui n'a subi qu'un dommage indirect ne peut logiquement réclamer qu'une réparation indirecte, en prenant des conclusions en faveur de la société. L'actionnaire bénéficiera de la réparation du dommage de la société dans la mesure où la valeur réelle de ses actions sera augmentée. L'actionnaire qui a vendu ses titres, en revanche, perd, en même temps que sa participation, tout intérêt à obtenir une réparation pour la société. Il ne profitera ni directement, ni indirectement, des prestations effectuées par les responsables. Tant et aussi longtemps que l'art. 755 sera en vigueur, l'actionnaire qui a vendu ses titres sera privé de sa qualité pour agir en vertu de l'adage : « *Pas d'intérêt, pas d'action* ». On ne saurait, d'autre part, faire une exception à la règle de l'art. 755 et admettre un paiement direct au demandeur lorsqu'il a vendu ses titres et perdu la qualité d'actionnaire. L'indemnité due par les fondateurs est destinée à réparer l'atteinte qu'ils ont portée au patrimoine social. Le patrimoine social servant, jusqu'à concurrence du capital social, de garantie aux créanciers, tout versement direct à une personne autre que la société léserait ceux-ci.

L'adage « *Pas d'intérêt, pas d'action* » combiné avec la règle

¹ RUEGG, p. 41.

de l'art. 755 interdit ainsi, à notre avis, qu'on reconnaisse qualité pour agir à un actionnaire qui a vendu ses actions ¹.

123. LA QUALITÉ POUR AGIR DU SOUSCRIPTEUR. — Dans leur examen de la qualité pour agir, plusieurs auteurs assimilent purement et simplement le souscripteur à l'actionnaire et lui accordent la même action basée sur les mêmes dispositions légales ². Ils entendent par souscripteur celui qui, bien qu'ayant versé le montant de sa souscription, n'est pas devenu actionnaire, en raison de l'échec de la fondation. Il n'est pas contestable qu'une surévaluation des apports et des reprises puisse empêcher la société de se constituer, pour peu que l'irrégularité ait été découverte assez tôt. Il est non moins évident qu'un échec de la fondation peut causer un préjudice à celui qui a mobilisé des fonds pour les investir dans une opération qui tourne court. On est en droit de se demander cependant si l'application de l'art. 753 au cas d'une fondation avortée répond à la fonction de cette disposition conçue comme la sanction des règles sur la fondation qualifiée. L'art. 753 ne suppose-t-il pas que la société a pris naissance ? La responsabilité des fondateurs à l'égard des souscripteurs lésés par l'échec de la fondation ne dérive-t-elle pas plutôt des dispositions sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle ? N'y a-t-il pas lieu d'admettre l'existence d'un rapport quasi contractuel entre le souscripteur et le fondateur,

¹ La Cour d'appel bernoise a étudié la question de la qualité pour agir de l'actionnaire qui a vendu ses actions, dans un jugement qui fut confirmé par le Tribunal fédéral (MASSE CONCORDATAIRE DU CRÉDIT DE LAUSANNE c/ RÖTHLISBERGER, Z.B.J.V. 70, p. 392 s.; l'arrêt du Tribunal fédéral, du 27 juin 1933, n'a pas été publié). La Cour bernoise établit que le droit de faire valoir une prétention en dommages-intérêts découle de la qualité de l'associé; c'est un « *Herrschaftsrecht* » qui ne peut être séparé de la qualité d'actionnaire et qui ne peut davantage être divisé et accordé à la fois au vendeur et à l'acquéreur des titres. — Plus d'ailleurs que ces considérations théoriques, la règle de l'art. 755 et l'adage « Pas d'intérêt, pas d'action » nous paraissent déterminants. Un arrêt postérieur du Tribunal fédéral, du 20 mars 1934, également non publié (STENGLE c/ BANQUE POPULAIRE SUISSE, J.T. 1934, p. 278) semble, à première vue, admettre le point de vue opposé. On lit en effet dans la version publiée au *Journal des tribunaux* : « Les droits prévus par ces dispositions (art. 671 et 672) subsistent malgré l'aliénation des actions ». Cette formule, trop générale, dépasse manifestement la pensée du rédacteur. Il ne s'agissait, en l'espèce, que d'un dommage *direct* subi par le souscripteur à raison d'assertions mensongères contenues dans un prospectus. Il est clair que le dommage direct de l'actionnaire, étranger au dommage de la société, doit être réparé par une indemnité directe versée à celui qui l'a subi.

² RUEGG, p. 26; WILD, p. 133; BACHMANN, n. 12, litt. b. in *fine* ad art. 671.

obligeant ce dernier à vouer les soins nécessaires à la réussite d'opérations qu'il s'est implicitement engagé à mener à bien ? L'échec de la fondation ne relève-t-il pas du problème délicat de la *culpa in contrahendo* ? — Il le paraîtrait, semble-t-il. Quoi qu'il en soit, la question n'a guère qu'un intérêt académique. Elle peut rester ouverte.

124. LA QUALITÉ POUR AGIR DE L'ACQUÉREUR D'ACTIONS. — Le tiers qui devient actionnaire, au cours de l'existence sociale, jouit également de la qualité pour agir, à condition, bien entendu, qu'il ait ignoré l'irrégularité commise par les fondateurs. Cela ressort notamment de l'art. 757 *a contrario*.

125. LA DÉCHARGE ET L'ACTIONNAIRE. — Nous avons vu ci-dessus ¹ que le problème de la décharge ne jouait qu'un rôle très limité dans les actions intentées en vertu de l'art. 755. Il nous suffira de mentionner ici que la décharge n'est pas opposable à l'actionnaire qui ne l'a pas votée, à l'actionnaire qui n'a acquis ses titres que postérieurement à la décision de décharge et sans connaître les faits dommageables, ou à l'actionnaire qui a ouvert action dans les six mois qui ont suivi la décision. L'exception tirée de la décharge pourra être écartée, d'autre part, si le demandeur qui l'a votée peut prouver qu'il ignorait des faits que la loyauté commerciale permettait de considérer comme déterminants ².

126. LA TRANSACTION ET L'ACTIONNAIRE. — Si la société transige avec les fondateurs et renonce à les actionner moyennant paiement d'une indemnité fixée d'un commun accord, la transaction sera opposable non seulement à la société, mais également à tous les actionnaires en tant, bien entendu, que ceux-ci n'ont subi qu'un dommage indirect ³.

Le dommage que la transaction a pour objet de réparer est un dommage subi par la société. La société peut, à son gré, renoncer à faire valoir ses droits moyennant le versement

¹ N° 120.

² Voir n° 119 ci-dessus et VON TUHR, II, p. 572.

³ Même avis, WILDI, p. 132 et 154; BACHMANN, n. 7, litt. a ad art. 675; avis contraire, HENGGELE, p. 56.

préalable par les auteurs du dommage d'une somme fixée conventionnellement. Si les actionnaires estiment la transaction désavantageuse, ils pourront toujours s'en prendre aux administrateurs qui auront mal défendu les intérêts dont ils avaient la charge. On ne saurait, en revanche, leur reconnaître le droit de réclamer aux fondateurs des prestations supplémentaires. La transaction conclue libère définitivement les responsables, l'annulation pour erreur sur des faits déterminants au sens de l'art. 24, ch. 4 C.O. demeurant naturellement réservée.

Au surplus, avant de signer la transaction, les administrateurs auront dû prendre le soin de se faire donner les pouvoirs nécessaires. Les administrateurs agissent en quelque sorte comme les mandataires de la société; en tant que tels et conformément à l'art. 396, 3^e al. C.O. ils ne peuvent transiger sans un pouvoir spécial. En l'espèce, ce pouvoir ne pourra résulter que d'une décision régulière de l'assemblée générale. Même si on estime que les éléments du rapport de mandat qu'on discerne traditionnellement dans le lien juridique qui attache les administrateurs à la société, ne justifient pas une application littérale de l'art. 396, 3^e al. et, qu'en leur qualité d'organes, les administrateurs peuvent se dispenser d'un pouvoir spécial, il n'en reste pas moins que pratiquement des administrateurs prudents prendront soin de se faire autoriser à transiger par l'assemblée générale. La conclusion d'une transaction est une affaire assez délicate pour justifier des précautions spéciales. Or, les décisions de l'assemblée générale obligent ceux qui n'y ont pas adhéré. On ne conçoit pas dès lors qu'un actionnaire puisse ne pas s'estimer lié par la transaction signée par des administrateurs régulièrement mandatés à cet effet, même si l'actionnaire en question n'a pas pris part au vote.

On ne saurait tirer argument pour combattre cette opinion de l'art. 757, lequel prévoit que la décharge n'est pas opposable à l'actionnaire qui y a adhéré, pourvu qu'il introduise action dans les six mois qui suivent la décision. Cette disposition est une disposition spéciale qu'on ne peut interpréter que strictement. La loi ne prévoit pour la transaction aucune dérogation aux règles habituelles. Dès lors, et dans la mesure où la transaction a été votée par l'assemblée générale, elle lie chaque action-

naire, tant que la décision y relative de l'assemblée générale n'a pas été annulée en vertu de l'art. 706.

On peut se demander d'ailleurs si, même après l'annulation de la décision donnant aux administrateurs mandat de transiger, ou ratifiant la transaction conclue par eux, les responsables peuvent craindre de voir mettre en question la validité de cette transaction. Si les pouvoirs des administrateurs étaient réguliers au moment de la conclusion de la transaction, il paraît douteux que l'annulation de ces pouvoirs puisse mettre à néant l'acte valablement conclu. L'annulation du mandat est une affaire propre au mandant et au mandataire. Elle ne saurait avoir d'effet sur les droits des tiers de bonne foi. Cependant et tant que le Tribunal fédéral n'aura pas résolu la question, les fondateurs sur le point de conclure une transaction avec la société qui les prend à partie feront bien d'exiger l'introduction dans la convention d'une clause prévoyant que celle-ci ne liera les parties qu'après l'expiration des deux mois qui suivront le vote de l'assemblée générale autorisant les administrateurs à la conclure. Si aucun actionnaire ne demande l'annulation de la décision dans ce délai, la validité des pouvoirs des administrateurs ne pourra plus être discutée.

127. LA FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ ET SES EFFETS SUR LES DROITS DE L'ACTIONNAIRE. — L'ouverture de la faillite de la société entraîne une importante restriction aux droits des actionnaires : dès ce moment, en effet, c'est l'administration de la faillite qui est seule qualifiée pour exercer les droits de l'actionnaire comme d'ailleurs ceux du créancier.

Nous verrons ci-dessous les particularités de cette réglementation et ses conséquences ¹.

SOUS-CHAPITRE III. *LE CRÉANCIER*

128. L'ACTION DU CRÉANCIER. — Les règles générales applicables à la réparation du dommage délictuel et contractuel ne permettent pas au créancier d'agir directement contre les tiers qui, par un acte illicite ou une violation de leurs obligations

¹ Voir n° 132.

contractuelles, portent atteinte au patrimoine de son débiteur.

Les art. 753 et 754 dérogent à ce principe dans la mesure où ils accordent au créancier de la société le droit de réclamer personnellement, mais en faveur de la société, la réparation du dommage causé par les fondateurs, administrateurs, etc.

La situation du créancier social justifie pleinement cette entorse aux règles traditionnelles. Alors que l'actionnaire est en mesure d'exercer une influence sur la gestion des affaires sociales, de suivre personnellement cette gestion et de se faire renseigner régulièrement et d'une façon relativement complète sur l'état du patrimoine social, le créancier ne participe pas à la gestion et ne dispose, pour se rendre compte de la situation de son débiteur, que du bilan et du compte de profits et pertes dont il peut exiger la production, si ces documents ne sont pas publiés. Il convenait ainsi de ménager au créancier social, sans influence sur la gestion et renseigné d'une façon sommaire, le moyen de prendre personnellement la défense de ses intérêts, lorsqu'une atteinte portée à sa garantie le justifie.

Mais si la situation du créancier social exigeait qu'on lui accordât la possibilité de se défendre, il fallait éviter, d'autre part, que les fondateurs et les organes de la société ne fussent pris à partie à chaque instant. Le créancier n'est pas un associé et, tout digne d'intérêt qu'il est, il ne saurait être mis au bénéfice des mêmes droits que l'actionnaire. Aussi bien, la loi conditionne-t-elle l'intervention du créancier à l'ouverture de la faillite. Cette limitation se justifie d'elle-même. Seule en effet la faillite permet d'établir à coup sûr et d'une manière définitive que le capital social n'est plus couvert; et ce n'est qu'à ce moment-là que le dommage du créancier est effectif.

129. LA NOTION DE CRÉANCIER. — La question de savoir ce qu'il faut entendre par créancier social est aisée à résoudre. Elle n'appelle aucune observation particulière. Est créancier de la société quiconque est titulaire d'un droit de créance contre elle. En vertu même de cette définition, on remarque que l'actionnaire peut revêtir la qualité de créancier. L'actionnaire jouit d'un droit de créance contre la société pour le dividende voté par l'assemblée générale et pour les intérêts intérimaires

qui lui ont été assurés ¹. En revanche, il va de soi que l'actionnaire ne peut intervenir dans la faillite pour demander la restitution des fonds qu'il a souscrits et versés. Même si, en souscrivant, il a été victime d'un vice du consentement, dol ou erreur, il ne saurait de ce chef faire valoir aucun droit de créance contre la société ². Il est clair, d'autre part, qu'un créancier qui, en garantie d'un prêt qu'il a fait à la société, reçoit des actions en gage, reste créancier et ne devient pas actionnaire ³.

130. LES EFFETS DE LA DÉCHARGE ET DE LA TRANSACTION SUR LES DROITS DU CRÉANCIER. — La décharge constitue pour le créancier une *res inter alios acta*. Si la société renonce à faire valoir ses droits contre les administrateurs, cela ne saurait avoir d'effet sur la prétention du créancier, qui demeure libre de l'exercer une fois la faillite prononcée.

Il en est de même pour la transaction conclue par la société. Cependant, la transaction intervient rarement sans contre-prestation de la part des fondateurs ou des organes dont la responsabilité est mise en cause. Les prestations effectuées par ces personnes éteindront ou diminueront le dommage subi par la société. Ce n'est que dans la mesure où ce dommage n'est pas intégralement réparé que le créancier conservera un droit à faire valoir contre les personnes responsables.

Nous examinerons ci-dessous les effets de la transaction conclue après la faillite sur les droits des créanciers.

131. LA FAILLITE, CONDITION DE L'ACTION DU CRÉANCIER. — Aux termes de l'art. 758, le créancier ne peut faire valoir ses droits qu'après l'ouverture de la faillite. Cette disposition a été reprise du Code de 1881 qui faisait d'ailleurs une exception en faveur des créanciers dont les droits résultaient d'un titre au porteur. Le Code révisé n'accorde pas le même traitement spécial à cette catégorie de créanciers.

Sous l'empire du Code de 1881, le Tribunal fédéral assimilait à la faillite le *concordat avec abandon d'actif*. Il a jugé, notamment

¹ WILDI, p. 138.

² Voir nos 10-14 ci-dessus. Même avis GUHL, S.A.G. VII, p. 186; opinion contraire, A. WIELAND, S.J.Z. 10, 222; 12, 349 et s.

³ Arrêt UTINGER c/ HENGELER, A.T.F. 49 II 244.

dans l'arrêt *UTTINGER c/ HENGGELER*¹, que si le législateur n'avait parlé que de la faillite, c'est parce qu'il n'avait pas pensé aux autres modes de liquidation de la société. Le Tribunal fédéral considérait en outre que l'exécution du concordat avait les mêmes conséquences *juridiques* que la faillite, puisqu'elle mettait fin aux rapports réciproques de la société et de ses créanciers. En revanche, les conséquences *économiques* du concordat étaient plus graves pour le créancier, puisqu'il ne recevait même pas un acte de défaut de biens. — Ces arguments ne sont pas sans valeur. L'expérience a démontré cependant que l'interprétation extensive du Tribunal fédéral pouvait entraîner des abus. Certains créanciers, sollicités d'approuver un projet de concordat, opèrent fréquemment sur le débiteur une pression inadmissible, afin d'obtenir des avantages illégaux. La faculté d'ouvrir action contre les fondateurs ou les organes sociaux, sans que la faillite soit prononcée, aurait fourni un argument de poids aux créanciers qui cherchent à obtenir de leur débiteur une prestation supplémentaire. Le souci de ne pas prêter la main à de telles tentatives de chantage a poussé les Chambres à rejeter une proposition tendant à introduire dans la loi l'interprétation extensive que le Tribunal fédéral donnait à l'art. 675, 2^e al. ancien². La doctrine récente s'est ralliée à l'avis des Chambres et elle interprète strictement l'art. 758³. Le concordat avec abandon d'actif ne permet donc pas au créancier d'introduire action.

L'incapacité qui frappe le créancier n'est cependant pas totale : il a été jugé⁴ que l'action en responsabilité appartenant à la société en vertu de l'art. 673 ancien faisait partie de l'actif cédé aux créanciers. Comme telle, cette action peut être cédée à l'un d'entre eux, pour autant que celui-ci le demande. Le Tribunal fédéral observe que l'art. 758 interdit bien au créancier

¹ *A.T.F.* 49 II 244.

² Les scrupules des Chambres se sont manifestés surtout lors de la discussion du projet de loi sur les banques (*Bull. stén.* 1934 C.N., p. 718 et s.). Il résulte clairement cependant du *Bulletin sténographique* que, également en ce qui concerne l'application de l'art. 758, le concordat ne saurait être assimilé à la faillite (voir spécialement *Bull. stén.* 1934 C.N., p. 345).

³ *HENGGELER*, p. 50; voir aussi par analogie et pour l'interprétation de la disposition correspondante de la loi sur les banques, *ROSSY & REIMANN, Commentaire*, p. 65.

⁴ Arrêt *GRANDMOUSIN, BOCHATEY & CIE S. A. EN LIQUID.*, *A.T.F.* 64 III 20.

de faire valoir son action en dehors de la faillite mais que cette disposition ne vise pas *l'action de la société*. L'action de la société pouvant être cédée librement à des tiers, elle peut l'être aussi aux créanciers.

L'attitude prise par le législateur et par les auteurs récents au sujet du concordat permet de résoudre la question, controversée sous l'empire du droit ancien, de savoir si l'ajournement de la faillite prononcé par le juge et les mesures prises par lui à la demande des administrateurs ou des créanciers d'une société insolvable, conformément à l'art. 725, 4^e al. (art. 657, 3^e al. ancien) peuvent être assimilés à la faillite dans l'application de l'art. 758. RUEGG l'affirmait; BACHMANN le niait ¹. Ce dernier avis devait logiquement l'emporter, même sous l'empire de l'art. 675, 2^e al. ancien interprété extensivement. Dans le cas de l'art. 725, 4^e al. (art. 657, 3^e al. ancien), le juge *ajourne* la faillite. Cette décision et les mesures que la loi l'autorise à prendre simultanément pour la conservation de l'actif social ont un résultat exactement opposé aux effets de l'ouverture de la faillite. On ne saurait voir entre la faillite et l'intervention du juge au sens de l'art. 725, 4^e al. la même analogie qu'entre la faillite et le concordat. Avant la revision déjà, l'opinion de RUEGG devait être écartée; à plus forte raison doit-elle l'être aujourd'hui ².

132. L'ACTION DU CRÉANCIER ET DE L'ACTIONNAIRE APRÈS L'OUVERTURE DE LA FAILLITE. — Le créancier ne peut faire valoir ses droits qu'après l'ouverture de la faillite; mais l'ouverture de la faillite ne le légitime pas *de plano* à introduire action en son nom, fût-ce en faveur de la société. Aux termes de l'art. 756 en effet les droits du créancier *et ceux de l'actionnaire* sont exercés en premier lieu par l'administration de la faillite. Ce n'est que dans le cas où l'administration de la faillite renonce à agir elle-même que l'actionnaire ou le créancier s'étant fait céder les droits de la masse pourront pourvoir personnellement à l'introduction d'une action en responsabilité ³.

¹ RUEGG, p. 47; BACHMANN, n. 4 ad art. 675.

² Même avis, GLASSON, p. 153.

³ La loi ne prévoit rien pour le cas où un actionnaire et un créancier demanderaient simultanément la cession des droits de la masse. Dans un tel cas, le créancier doit évidemment avoir la préférence (HENGELER, p. 50).

Cette disposition est dans la logique même du système institué par le législateur pour la réparation du dommage indirect. L'actionnaire et le créancier qui n'ont subi qu'un dommage indirect ne peuvent conclure qu'au paiement des dommages-intérêts dus à la société. Si leur action est reconnue bien fondée, c'est la société qui en retirera la première le bénéfice. Sans doute, l'actionnaire jouit-il d'une action qui lui est personnelle. Avant l'ouverture de la faillite, il n'a pas à demander la cession des droits de la société. Il est cependant normal que l'administration de la faillite ait seule qualité pour exiger le paiement d'une indemnité qui, de toute façon, devra être versée à elle-même. Il était certes nécessaire de prévoir qu'avant l'ouverture de la faillite l'actionnaire pourrait agir personnellement contre les responsables. A défaut, on l'eût exposé à être victime de l'inertie d'une majorité dominée par les responsables ou leurs amis. Après l'ouverture de la faillite, ce danger n'est plus à craindre. L'administration de la faillite est composée de fonctionnaires ou de créanciers dont on n'a pas à craindre qu'ils ménagent les fondateurs ou les organes responsables du dommage. Au surplus, les créanciers, ou éventuellement la commission de surveillance qu'ils auront nommée, sont seuls qualifiés pour décider l'introduction d'une action ou la conclusion d'une transaction.

133. LES ACTIONS EXERCÉES PAR LA MASSE. — L'art. 756, qui confère à l'administration de la faillite le droit d'exercer en premier lieu l'action du créancier et de l'actionnaire, constitue une disposition nouvelle, inconnue du Code de 1881. Avant la revision, la question était controversée de savoir si la masse en faillite exerçait seulement l'action dite sociale, ou aussi l'action du créancier. C'est ainsi que pour ROSSEL¹, la masse en faillite exerçait uniquement les droits des créanciers. On ne comprendrait pas, selon cet auteur, comment la masse pourrait exercer plus de droits que la somme des droits individuels appartenant aux créanciers. BACHMANN était d'un avis différent².

¹ ROSSEL, *Z.B.J.V.* 39, 505 et s. et 553 et s.

² BACHMANN, n. 5 ad art. 675, qui cite VIGIER. Pour WILDI, p. 141, la masse agit pour la société, les actionnaires et les créanciers.

Pour lui, la masse agissait au nom de la société et non pas au nom des créanciers. C'était là également l'opinion du Tribunal fédéral, exprimée d'ailleurs dans un arrêt ancien ¹, et antérieur au fameux arrêt BRODTBECK c/ ROSENMUND, qui tranchait la question longtemps discutée du concours des actions de la société d'une part, de l'actionnaire et du créancier d'autre part ². L'opinion soutenue par BACHMANN a été défendue également par CARRY ³. Remarquant que la loi n'accorde une action au créancier qu'après l'ouverture de la faillite, CARRY trouvait illogique qu'on la lui enlevât immédiatement pour la conférer à la masse en faillite.

Ces divergences de vue sont imputables au fait que les auteurs dont nous avons rappelé l'avis ont perdu de vue l'origine du dommage dont le créancier demande réparation dans les actions régies par les art. 758 et 756. Autant il serait injuste de priver le créancier du droit de faire valoir personnellement, pour son propre compte et en dehors de la faillite, les droits que lui confère le dommage direct qu'il a subi, autant la solution de la revision de 1937 est logique lorsqu'on se souvient que les dispositions en question s'appliquent uniquement au dommage subi par la société en premier lieu et indirectement seulement par le créancier. D'autre part, et quoi qu'en pense ROSSEL, il est normal que la masse en faillite, qui succède à la société, exerce les droits dont celle-ci jouissait. Enfin, et malgré l'avis de BACHMANN et de CARRY, il est non moins logique que la masse intente elle-même une action à laquelle le créancier et l'actionnaire sont intéressés, certes, mais qu'ils ne peuvent mettre en œuvre qu'au profit de la société.

134. LA DÉCHARGE ET LES DROITS DE LA MASSE. — La masse, successeur de la société, ne saurait avoir plus de droits que cette dernière lorsqu'elle exerce l'action dite sociale. Ainsi, la décharge valablement votée par l'assemblée générale paralyse son action ⁴. En revanche, lorsqu'elle exerce les droits des créanciers ou des

¹ Masse BRIENZ-ROTHORNBACH c/ VEST ECKEL & Co, A.T.F. 21 561; voir aussi arrêt IMPRIMERIE DU DÉMOCRATE S. A. c/ CROWE, A.T.F. 50 II 363; J.T. 1925, p. 13.

² Arrêt BRODTBECK c/ ROSENMUND, A.T.F. 44 II 44.

³ CARRY, *Sem. jud.*, 1936, p. 395 et s.

⁴ Même avis, WILDI, p. 128; HENGGELE, p. 54.

actionnaires, la situation peut être différente. La décharge n'est pas opposable au créancier; elle peut ne pas l'être à l'actionnaire. Avant de recevoir, contre une action ouverte par la masse, l'exception tirée de la décharge, il conviendra d'examiner si la masse agit pour elle-même ou pour un créancier ou un actionnaire auquel la décharge n'est pas opposable. Le cas échéant, la masse pourra obtenir réparation du dommage, nonobstant une décision de décharge qui eût paralysé l'action introduite par la société ¹.

135. LA TRANSACTION CONCLUE PAR LA SOCIÉTÉ ET LES DROITS DE LA MASSE. — Si la société a transigé avant l'ouverture de la faillite, la transaction sera opposable à la masse, une éventuelle action révocatoire étant réservée.

La transaction étant également opposable à l'actionnaire, la masse ne pourra obtenir satisfaction en faisant valoir les droits de celui-ci ². En revanche, la transaction ne lie pas le créancier ³. Elle ne saurait donc être opposée à une action intentée par la masse représentant un créancier.

136. LA TRANSACTION CONCLUE PAR LA MASSE. — La question de savoir si la transaction conclue par la masse est opposable aux actionnaires et aux créanciers est très controversée. Sous l'empire du droit ancien, BACHMANN estimait que ce n'était pas le cas ⁴. WIELAND était d'un avis opposé, mais n'invoquait guère, à l'appui de son opinion, que des motifs d'opportunité ⁵. Encore, renvoyait-il, en dernier ressort, à un examen *in concreto*. Sous l'empire du droit nouveau, GLASSON est du même avis que BACHMANN ⁶. Sa démonstration s'appuie essentiellement sur la genèse de l'art. 756. Les premiers projets de revision comportaient en effet une disposition spéciale, prévoyant que la décharge et la transaction n'étaient pas opposables au créancier. Cette disposition n'a pas été maintenue dans le texte

¹ Même avis, GLASSON, p. 266; HÉNGGELER, p. 55.

² Voir n° 126 ci-dessus.

³ Voir n° 130 ci-dessus.

⁴ BACHMANN, n. 7 litt. b. ad art. 675; même avis, RUEGG, p. 50.

⁵ A. WIELAND, S.J.Z. 23, p. 293.

⁶ GLASSON, p. 286; même avis, SCHUCANY, ad art. 756.

définitif. Il ne semble cependant pas qu'on puisse objectivement conclure du silence gardé sur ce problème par le législateur, qu'il a entendu soumettre le créancier aux effets de la décharge ou de la transaction. La discussion, tant à la Commission d'experts que devant les Chambres, ne fournit aucun élément permettant de discerner les motifs pour lesquels le législateur a renoncé à régler une question qui ne paraît pas avoir soulevé l'intérêt qu'elle méritait. Sans doute le *Message* rappelle-t-il, à propos de l'art. 756, que la « réclamation » des actionnaires et des créanciers est « la même que celle de la société »¹. Peut-on en conclure qu'en prescrivant qu'après l'ouverture de la faillite c'est l'administration de la faillite qui exercerait ces droits, le législateur a entendu donner à la masse le pouvoir de *disposer* non seulement des prétentions de la société, mais aussi de celles des actionnaires et des créanciers ? — On ne saurait l'affirmer.

Le problème est complexe et il convient de l'examiner avec attention.

137. a) EN GÉNÉRAL. — Si on étudie la question des effets de la transaction conclue dans la faillite sur les droits des créanciers, sans tenir compte des questions spéciales qui se posent lorsque le failli est une société anonyme et que parmi les actifs à réaliser figure une action en responsabilité contre les fondateurs ou les organes sociaux, la solution est relativement simple. Elle a été dégagée depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence. JAEGER, suivant le Tribunal fédéral, admet que la décision de transiger, prise par la majorité des créanciers est opposable à la minorité². Lorsque la décision a été prise par l'administration de la faillite seule, les créanciers ne sauraient davantage demander la cession d'un droit qui n'appartient plus à la masse. En transigeant, l'administration renonce en effet à exercer une action; mais cette renonciation n'est pas gratuite, elle s'opère en échange d'une prestation en faveur de la masse, prestation qui met fin à toute prétention³.

¹ *Message*, p. 65.

² JAEGER, n. 6 ad art. 260; voir aussi, n. 16 ad art. 237.

³ Arrêt BORNAND, A.T.F. 67 III 39; voir aussi arrêt SCHMIDLI, A.T.F. 36 I 770.

De lege ferenda, JAEGER estimait souhaitable qu'avant de conclure la transaction, on laissât au créancier qui n'était pas disposé à ratifier le projet de transaction la possibilité de se faire céder la prétention de la masse, moyennant qu'il garantît le paiement à la masse du montant qui aurait été assuré à celle-ci par la transaction¹. Le Tribunal fédéral a admis, depuis, cette manière de procéder. Il a jugé que si l'assemblée des créanciers ne transigeait pas — une transaction excluant la cession de ses prétentions à l'un des créanciers — elle pouvait, à l'égard des créanciers, faire dépendre le rejet d'une proposition transactionnelle qui lui était adressée et la cession à un créancier de la prétention litigieuse, de la condition d'une garantie préalable accordée par le cessionnaire pour une somme égale à celle que la transaction aurait assurée à la masse².

138. b) DANS LE DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME. — La solution du problème est ainsi relativement simple lorsque la masse n'exerce que les droits du failli. Cette solution devra s'appliquer également lorsque le failli étant une société anonyme, la masse exerce les droits de la société elle-même contre les fondateurs ou les organes sans qu'aucun actionnaire ni aucun créancier ne fassent valoir une prétention quelconque contre ces personnes.

En revanche, et pour peu que parallèlement à une action de la société elle-même, un créancier ou un actionnaire estiment être en droit de rechercher fondateurs ou organes, le problème se compliquera singulièrement. Conformément à l'art. 756, ces prétentions seront exercées par l'administration de la faillite, sans qu'on puisse dire cependant qu'elles fassent partie de l'actif de la masse. Les droits de l'actionnaire et du créancier en effet leur sont personnels et ils en bénéficient en vertu d'une disposition spéciale de la loi. On ne peut donc *a priori* accorder à l'administration de la faillite ou à la majorité des créanciers le droit de disposer d'une prétention qui n'appartient pas à la masse, mais dont *l'exercice* seul lui est confié³. Ainsi et théoriquement, l'actionnaire et le créancier ne seraient pas liés par la

¹ JAEGER, n. 6 ad art. 260.

² Arrêt GENSBOURGER, A.T.F. 52 III 67.

³ En ce sens, RUEGG, p. 50.

transaction conclue par la masse; ils conserveraient le droit d'agir contre les fondateurs ou les organes responsables. Les inconvénients de cette situation sont graves. La crainte de voir un actionnaire ou un créancier les actionner malgré la transaction empêchera le plus souvent fondateurs ou organes de conclure cette transaction. Par qui, d'autre part, l'action sera-t-elle exercée ? L'actionnaire ou le créancier ne peuvent le faire eux-mêmes en vertu de l'art. 756, à moins d'obtenir une cession de la prétention de la masse. Mais si, malgré l'insécurité où elle laisse les responsables, la transaction a été signée, la masse ne peut plus céder une prétention qui ne lui appartient plus. — On voit la complication des questions qui surgissent et combien il eût été désirable que la loi tranchât le problème.

En fait, il est cependant peu probable que la réglementation incomplète de la transaction dans la faillite expose jamais justiciables et tribunaux à résoudre les problèmes délicats dont elle pourrait être la source. A supposer qu'un créancier veuille exercer l'action qui lui appartient, nonobstant la transaction qui a mis fin à la prétention de la société et dans la mesure où cette transaction n'a pas entièrement couvert le dommage subi par la société, il ne pourra prendre des conclusions qu'en faveur de la masse. La règle de l'art. 755 l'exige ainsi : Le préjudice est celui de la société, il ne peut être réparé que par une prestation à la société, soit à son successeur, la masse. — On ne saurait appliquer par analogie l'art. 260, 2^e al. L.P. aux termes duquel le profit d'une prétention litigieuse cédée à un créancier est destiné à désintéresser le cessionnaire avant qu'un excédent éventuel ne soit versé à la masse. Le créancier qui fait valoir son droit n'est pas au bénéfice d'une cession. Il exerce un droit propre. Les modalités de ce droit ne sauraient subir aucune transformation du fait que la masse a succédé à la société. Mais un dommage indirect ne peut être réparé qu'indirectement. Or une réparation indirecte n'offrira certainement pas au créancier un attrait suffisant pour l'inciter à ouvrir une action qui devra triompher non seulement des difficultés inhérentes aux actions en responsabilité du droit de la société anonyme, mais surtout de l'obstacle difficile que constituent la transaction conclue par la masse et les droits acquis qui en

découlent pour les fondateurs et les organes avec qui la transaction a été conclue.

Si le créancier ne peut escompter qu'un profit bien hypothétique de l'action qu'il exerce personnellement après la transaction, l'actionnaire pourra nourrir moins d'espairs encore. Lui aussi, et plus encore que le créancier, ne pourra conclure qu'à un paiement à la masse. Les intérêts des créanciers sont préférables aux siens et tout paiement direct à l'actionnaire leur porterait atteinte. De plus, et à supposer que l'actionnaire voie son action déclarée bien fondée, il ne pourra compter sur une répartition en sa faveur qu'après que tous les créanciers auront été désintéressés. Il est sans exemple que les créanciers d'un failli soient intégralement remboursés par la réalisation des biens du failli. En fait, l'actionnaire qui exercerait lui-même ses droits soutiendrait un procès difficile, sans en tirer aucun profit.

Si le créancier ou l'actionnaire ne peuvent ainsi escompter qu'un bénéfice fort hypothétique ou absolument nul d'une action introduite malgré la transaction, il est peu probable que les tribunaux aient jamais à examiner la question de savoir si la transaction conclue dans la faillite oblige ou non l'actionnaire et le créancier.

ABRÉVIATIONS

A.T.F.	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.</i>
Bl. Z.R.	<i>Blätter für zürcherische Rechtsprechung.</i>
Bull. stén.	<i>Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale.</i>
C.C.S.	Code civil suisse.
C.O.	Code des obligations.
H.G.B.	Bandelsgesetzbuch.
J.T.	<i>Journal des tribunaux.</i>
L.P.	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889.
O.F.R.C.	Office fédéral du registre du commerce.
O.R.C.	Ordonnance sur le registre du commerce, du 7 juin 1937.
Praxis	<i>Praxis des Bundesgerichtes.</i>
Principes	<i>Principes selon lesquels l'Office fédéral du registre du commerce applique les prescriptions de l'art. VI, ch. 7 de l'arrêté du Conseil fédéral du 7 juillet 1919, modifiant et complétant les dispositions du Code des obligations.</i>
Projet I	Projet de loi fédérale concernant la revision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations, de décembre 1919.
Projet II	Projet de loi fédérale concernant la revision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations, de décembre 1922.
Rapport I	Rapport sur la revision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations, présenté au Département fédéral de justice et police en mars 1920.
Rapport II	Rapport sur la revision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations, soumis au Département fédéral de justice et police dans le courant du mois de décembre 1923.
S.A.G.	<i>Die schweizerische Aktiengesellschaft. Zeitschrift zur Besprechung von Rechts-, Steuer-, und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaft.</i>
Sem. jud.	<i>Semaine judiciaire.</i>
S.J.Z.	<i>Schweizerische Juristenzeitung.</i>
Z.B.J.V.	<i>Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.</i>
Z.H.R.	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.</i>
Z.S.R.	<i>Zeitschrift für schweizerisches Recht.</i>

LISTE DES ARRÊTS CITÉS

	A.T.F.		J.T.
ETAT DE SOLEURE c/ KAISER	14	668	
NAEGELI c/ SCHWEIZER ET CONS.	15	619	1889, 657
ETAT DE SOLEURE c/ NIGGLI	18	577	
MASSE BRIENZ-ROTHORNBahn c/ VEST ECKEL & Co	21	549	1895, 734
SPAR- UND LEIHKASSE BERN c/ BERNER WALLISER INDUSTRIEGESELLSCHAFT c/ TROST	23 II	1065	
CONS. GRENIER c/ SOCIÉTÉ DES MINES ET SALINES DE BEX	25 II	76	1899, 463
MULLER-WIDMER c/ HOFER	26 II	418	
KAISER c/ MASSE BASLER KREDIT- GESELLSCHAFT	28 II	86	
DARMSTAEDTER c/ CHEMISCHE FABRIK SCHLIEREN IN LIQU.	31 II	67	
GLASER-GALLION c/ ROMMEL	32 II	96	1910, 66
WEISSER c/ HOIRS WUTRICH	32 II	273	1908, 150
LEIHKASSE RICHTERSWIL c/ GYR-GUYER ET CONS.	33 II	251	
RIZZI c/ JOST	34 II	24	1910, 335
SCHMIDLI	35 II	303	1910, 359
TRAITEUR c/ MULLER	36 I	766	1911. II, 60
BASLER KANTONALBANK c/ BASLER BAUGESELLSCHAFT	36 II	379	1911, 305
BACH c/ SPAR- UND LEIHKASSE STECK- BORN IN LIQU.	36 II	542	
MEIER ET CONS. c/ MASSE SPAR- UND LEIHKASSE BREMGARTEN	39 II	531	
SPAR- UND LEIHKASSE STECKBORN IN LIQU. c/ ISELIN	41 II	717	
BUGNION c/ SOCIÉTÉ SUISSE D'AMEU- LEMENT	41 III	140	1915, 546
BRODTBECK c/ ROSENMUND	42 II	578	1917, 233
BÉRARD ET CONS. c/ AUCKENTHALER ET CONS.	44 II	38	1918, 297
BÉRARD ET CONS. c/ AUCKENTHALER ET CONS.	46 II	449	1921, 197
UTTINGER c/ HENGGELE	47 II	272	
DUBUIS c/ TORRENTÉ	49 II	241	1924, 34
	49 II	434	1924, 190

	A.T.F.		J.T.
SCHWEIZ. SEETRANSPORT UNION UND SCHWEIZ. IMPORT VEREINIGUNG FÜR BAUMWOLLE UND BAUMWOLLEFA- BRIKATE c/ SPINNEREI AN DER BIRS A. G.	49 II	475	1924, 226
AKTIENGESELLSCHAFT FÜR AUSWÄRTIGEN HANDEL c/ O. A. ROSENBERG & Co	50 II	177	1924, 418
IMPRIMERIE DU DÉMOCRATE c/ CROWE	50 II	363	1925, 10
VALENTINI ET CORTI c/ BAUGENOSSEN- SCHAFT KLUSHALDE	51 II	70	1925, 368
PAYAN c/ VELOCITAS S. A.	51 II	181	
GERBER c/ CANTON DE LUCERNE ET CONS.	51 II	392	1926, 132
GENSBOURGER ET CONS.	52 III	63	
ARBENZ c/ MASSE ARBENZ A. G.	53 III	210	1928, 180
LAVALLAZ c/ IMBODEN ET CHASTONAY	54 II	364	
HAEBERLI c/ FLÜCKIGER	55 II	314	1930, 270
MILCHGENOSSENSCHAFT AARBURG c/ O.F.R.C.	56 I	135	1930, 593
CRÉDIT DE LAUSANNE	19.1.32		S.A.G. IV, 98
BAGGEREI TUGGEN c/ O.F.R.C.	2.5.33		S.A.G. VI, 5
WILLI c/ HEINEMANN	58 II	151	1933, 173
SAVIOZ c/ GERMANIER	59 II	186	1933, 486
BÉTHUSY ET CONS. c/ THALBERG ET KAHN	59 II	434	1934, 169
STENGLE c/ BANQUE POPULAIRE SUISSE	20.3.34		1934, 275
WEILL c/ ELSENER	61 II	228	1936, 84
CONTINI c/ TRIBUNAL CANTONAL VAU- DOIS	62 I	22	
HELLWIG ET CONS. c/ SOCIÉTÉ FER- MIÈRE DU GRAND HOTEL DE LA PAIX S. A.	62 I	261	1937, 550
SOLOTHURNISCHER BURGEN- UND SCHULDNERVERBAND c/ KANTONS RAT SOLOTHURN	63 I	167	1937, 614
FÉDÉRATION DES OUVRIERS DU BOIS ET DU BATIMENT c/ CONSEIL d'ETAT DE GENÈVE	64 I	16	
SOLOTHURNER HANDELSBANK c/ OBER- GERICHT DES KANTONS SOLOTHURN	64 I	211	1938, 611
BOLLAG c/ MASSE « DIE DAME » A. G.	64 II	272	1939, 6
GRANDMOUSIN, BOCHATEY ET Cie EN LIQUID.	64 III	19	1938, II, 32
ASSOCIATION FRIBOURGEOISE DES AGENTS IMMOBILIERS c/ CONSEIL d'ETAT DE FRIBOURG	65 I	65	1939, 553
VOLKSBANK REIDEN IN LIQU. c/ KUNZ ET CONS.	65 II	2	1939, 359

	A.T.F.		J.T.
GENOSSENSCHAFT AUTO-HAFT c/HELLER ET CONS.	66	II 161	1941, 47
AKTIENGESELLSCHAFT FÜR VERWALT- UNGS- UND HANDELSGESCHÄFTE « CORDA » c/ JUSTIZKOMMISSION BASEL-STADT	67	I 111	1941, 581
GROSSENBACHER & Co A. G. c/ O.F. R.C.	67	I 342	1942, 591
WILD-SIBER c/ SIBER-WEHRLI A. G.	67	II 163	1941, 626
GRANDMOUSIN, BOCHATEY ET Cie S. A. c/ X., Y. ET Z.	67	II 167	1942, 12
BORNAND	67	III 33	
X. c/ P.	70	II 221	1945, 199

BIBLIOGRAPHIE

- BACHMANN, G. *Die Sonderrechte der Aktionäre.* Thèse Zurich 1901.
- BACHMANN, G. *Sociétés anonymes ou sociétés par actions et sociétés coopératives. Commentaire Schneider et Fick.* Adaptation française par Max-E. Porret. 1916.
- BACHMANN, G. Der Entlastungsbeschluss. *Festschrift für Cohn*, 1915, p. 691 s.
- BÉGUELIN, E. Contribution à l'étude de la responsabilité des administrateurs. *J.T.* 1901, p. 50 s.
- BOESCH, W. *Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften.* Thèse Zurich 1937.
- BRAUEN, A. *La souscription d'action.* Thèse Neuchâtel 1928.
- BURCKHARDT, W. *Le droit fédéral suisse.* Traduit de l'allemand par George Bovet. 1930.
- CURTI, A. *Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz.* Berlin 1930.
- EGGER, A. *Das Personenrecht. Kommentar zum Zivilgesetzbuch von Egger, Escher, etc.*
- EGGER, A. Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission. *S.J.Z.* 21, p. 345 s.
- EGGER, A. Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht von 18. 12. 37. *S.J.Z.* 34, p. 1 s.
- EGGER, A. Schranken der Majoritätsherrschaft. *Z.S.R.* 45, p. 1 s.
- FÉLICE, S. de. Les apports dans la société anonyme. *Z.S.R.* 42, p. 186a s.
- FICK, F. *Verschleierte und schieberhafte Gründung der Aktiengesellschaft.* 1922.
- FOLLIET, E. *Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable.* Paris 1937.
- FROMER, L. Die Treuepflicht des Aktionärs. *Z. S.R.* 58, p. 228 s
- GLASSON, P. *La responsabilité civile des administrateurs envers les créanciers sociaux.* Thèse Fribourg 1937.
- GUHL, TH. Die Rechtstellung des betrogenen Aktienzeichners. *S.A.G.* VII, p. 165 s.
- GUHL, TH. Die Gründung einer Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht. *S.A.G.* IX, p. 113 s., 133 s.
- GUHL, TH. Die Aufgabe der Urkundsperson im neuen Gesellschaftsrecht. *Z.B.J.V.* 73, p. 249 s.

- GYR, M. *Willensmängel im Gesellschaftsrecht*. Thèse Berne 1936.
- HAUSER, F. *Der Mantel bei der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. Thèse Fribourg 1939.
- HENGGELE, J. et E. *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im neuen Aktienrecht*. 1937.
- HERY, R. *Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der Aktiengesellschaft*. Thèse Fribourg 1928.
- HEYMANN, E. *Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen*. *Festschrift für Karl Wieland*, 1934, p. 221 s.
- HOFFMANN, E. *Beiträge zur Apportgründung*. Thèse Berne 1925.
- HUBER, K. *Die qualifizierte Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. Thèse Berne 1939.
- JAEGGER, C. *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*. Traduction de R. Petitmermet et H. Bovay. 1920.
- JUCKER, CH. *Die rechtliche Behandlung der sogenannten « Nachgründung »*. *S.J.Z.* 29, p. 125 s.
- KAESLIN, TH. *Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht*. Thèse Berne 1941.
- LARDELLI, A. *Die qualifizierte Einlagegründung der Aktiengesellschaft*. *S.J.Z.* 15, p. 141 s.
- LEHMANN, K. *Das Recht der Aktiengesellschaft*. Berlin 1898 et 1904.
- MANN. *Die Sachgründung im Aktienrecht*. Mannheim 1932.
- MARGUERAT, F. *Les droits des créanciers d'une société anonyme*. Thèse Lausanne 1935.
- MAURER, R. *Die Kognition des Handelsregisterführers*. Thèse Zurich 1941.
- MESSAGE *du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, à l'appui du projet de loi revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations (du 21 février 1928)*.
- MILLET, P. *Les avantages particuliers dans les sociétés par actions*. Paris 1931.
- MOOS, F. *Die Schadenersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die betrügende Aktiengesellschaft*. *Z.H.R.* 70, p. 184 s.
- MUNZINGER, W. *Motifs du projet de code de commerce suisse*. Traduits de l'allemand par M. Marc Dufraisse. Zurich 1865.
- NOËL, H. *La responsabilité des organes du registre du commerce*. Thèse Fribourg 1936.
- REHFOUS, L. *De la revision des règles du droit suisse relatives à la société anonyme*. *Z.S.R.* 23, p. 567.
- ROSSEL, V. *Manuel du droit fédéral des obligations*. 4^e édition. 1920.
- ROSSEL, V. *Code civil et Code des obligations*. Edition 1937.

- ROSSET, P.-R. *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés.* 1939.
- ROSSY et REIMANN. *Commentaire de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.* 1943.
- RUEGG, A. *Die Haftung der Gründer.* Thèse Zurich 1914.
- SCHNEEBELI, M. *Die Einnmannsgesellschaft.* Thèse Zurich 1934.
- SCHUCANY, E. *Kommentar zum schweiz. Aktienrecht.* Zurich 1940.
- SCHULTHESS, R. *Die verschleierte Apportgründung.* Thèse Zurich 1934.
- SENARCLENS, J. DE. *Les réserves des sociétés anonymes.* Thèse Genève 1943.
- SIEGMUND-LE FORT. *Guide des préposés au registre du commerce.* 1892.
- SIEGWART, A. *Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Kommentar zum Zivilgesetzbuch von Egger, Escher, etc.*
- SILBERNAGEL, A. *Die Gründung der Aktiengesellschaft.* Berlin 1907.
- STAEHELIN, M. *Zur Frage der Bilanzfähigkeit.* 1932.
- STEIGER, F. VON. *Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister.* 1937.
- STEIGER, F. VON. Gibt es bei den Kapitalerhöhungen ein sogenanntes Simultanverfahren ? S.A.G. XVI, p. 25 s.
- SUTER, E. *La responsabilité de la société anonyme à raison des actes illicites de ses représentants.* Thèse Lausanne 1935.
- SYZ, A. *Die Erfüllungsarten der Bareinlage bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.* Thèse Zurich 1935.
- THILO, E. Des irrégularités commises lors de la fondation des sociétés anonymes et de l'exercice du droit de vote des actionnaires par des hommes de paille. J.T. 1934, p. 98 s.
- TUHR, A. VON. *Partie générale du code fédéral des obligations.* Traduit de l'allemand par Maurice de Torrenté et Emile Thilo. 1929.
- VIGIER, W. *Die Verantwortlichkeit der Organe der Aktiengesellschaft.* Thèse Berne 1907.
- WÄCHTER, H. Einige Bemerkungen zum Art. 674 O.R. Z.S.R. VII, p. 381 s.
- WALDER, H. Die verdeckte Apportgründung einer Aktiengesellschaft. S.A.G. III, p. 33 s.
- WALDKIRCH, O. VON. Zur Revision des Aktiengesellschaftsrechts. Z.S.R. 23, p. 634 s.
- WEHRLI, U. *Die Sachübernahmegründung.* Thèse Zurich 1940.
- WEITH, R. *Les contrats conclus par la société anonyme en formation.* Thèse Lausanne 1935.
- WELTI. *Die Organisation der Aktiengesellschaft.* Thèse Berne 1890.
- WETTSTEIN, H. Die Gründung der Aktiengesellschaft. S.A.G. III, p. 21 s.

- WIELAND, A. Darf eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktionäre wirklich ungestraft betrügen ? *S.J.Z.* 10, p. 217 s.
- WIELAND, A. Das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Meier und Genossen gegen Konkursmasse der Spar- und Leihkasse Bremgarten. *S.J.Z.* 12, p. 349 s.
- WIELAND, A. Die wichtigsten Reformen des Aktienrechts nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes zur Revision der Titel 24-33. *Z.S.R.* 41, p. 491 s.
- WIELAND, A. Die Apportgründung der Aktiengesellschaft. *Z.S.R.* 42, p. 1a s.
- WIELAND, A. Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates gegenüber dem Aktionär und Gläubiger nach O.R. Art. 674. *S.J.Z.* 23, p. 293 s.
- WIELAND, A. Willensmängel beim Beitritt zu einer Handelsgesellschaft. *Festschrift für Karl Wieland*, 1934, p. 423 s.
- WIELAND, K. *Handelsrecht*. Dans *Binding-Oetker : Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*. Munich et Leipzig. 1931.
- WILDI, E. *Die Gründerverantwortlichkeit nach schweizerischem Obligationenrecht*. Thèse Berne 1909.
- WOLF, P. Formelle und materielle Strenge im Aktienrecht. Verschleierte Apportgründung und Treuhandzeichnung. *S.A.G.* V., p. 73 s.

Table des matières

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. *La société anonyme, société de capitaux*

1. La réglementation détaillée de la société anonyme	7
2. L'importance spéciale de la fondation. Le rôle du capital social	8
3. La fondation qualifiée	9

CHAPITRE II. *La maxime des dispositions sur la fondation*

4. Le rôle des mesures de publicité dans les dispositions sur la fondation qualifiée	11
5. Le triple contrôle	13

CHAPITRE III. *La nature juridique de l'art. 628*

6. Les actes juridiques accomplis avant la fondation	16
7. La théorie du pouvoir d'action	18
8. Le caractère impératif de l'art. 628	19

CHAPITRE IV.

Les moyens préventifs à la disposition de l'actionnaire et du créancier

9. Le problème	22
<i>Première section. Les moyens tirés des dispositions sur l'erreur et le dol et le rôle du préposé au registre du commerce</i>	
§ 1. L'erreur et le dol	23
10. Les art. 23 et 28 et la souscription	23
11. La solution du Tribunal fédéral	24
12. Les correctifs proposés par la doctrine	25
13. L'action en dommages-intérêts dirigée contre la société, responsable du dol de ses organes	27
14. Le caractère irrévocable de la souscription	28
§ 2. La nullité des conventions violant l'art. 628	29
15. Le moyen tiré de cette nullité	29
§ 3. Le contrôle de la fondation par les organes du registre du commerce	30
16. La thèse du contrôle matériel	30
17. Les difficultés pratiques du contrôle du préposé.	32
18. Les limites du contrôle des organes du registre du commerce	33
<i>Deuxième section. Les actions instituées par le droit de la société anonyme</i>	
§ 1. L'action en dissolution de l'art. 643, 3 ^e al.	36
19. La fonction de cette action dans l'esprit du législateur.	36
20. Les difficultés pratiques de l'exercice de l'action de l'art. 643, 3 ^e al.	36
§ 2. L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale	39

21. Les décisions susceptibles d'annulation	39
§§ 1. Dans la fondation simultanée	40
22. L'action en annulation et le principe de la bonne foi	40
§§ 2. Dans la fondation successive	41
23. Les décisions des art. 635 et 636	41
24. Le cas de l'apport en nature	42
25. Le cas de la reprise de biens et de l'avantage particulier	42
26. Les conséquences pratiques de l'annulation des décisions des art. 635 et 636	43
27. Le cas spécial de la dissimulation des apports, reprises et avantages	43
28. §§ 3. En cas d'augmentation de capital	44
§ 3. L'action en dissolution pour justes motifs	46
29. La fonction de cette action en général	46
30. L'action en dissolution et les irrégularités de la fondation qualifiée	47
<i>Troisième section. La faiblesse des moyens préventifs</i>	48
31. Résumé de ce chapitre; conséquence de la faiblesse des moyens préventifs	48

CHAPITRE V. *L'apport en nature*

32. L'identité juridique de l'apport en nature et de l'apport en numéraire	51
33. La « déclaration d'apports en nature »	52
34. L'objet de l'apport en nature	53
35. Le cas spécial de la libération par compensation. La donnée du problème	56
36. Le problème à la lumière de l'ordonnance sur le registre du commerce, de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine	56
37. Les opinions divergentes.	57
38. Conclusion	60

CHAPITRE VI. *La reprise de biens*

39. La notion de reprise de biens.	61
40. L'analogie de la reprise de biens avec l'apport en nature	62
41. Reprise de biens ou apport en nature : les cas-limites	63
42. L'interprétation de la notion de reprise de biens et les con- tingences de cette interprétation	66

CHAPITRE VII. *L'avantage particulier*

43. La notion d'avantage particulier	70
44. La distinction nécessaire entre avantage et frais de fondation	71
45. La « particularité » de l'avantage	74

CHAPITRE VIII. *Les fondateurs*

46. La souplesse de la formule de l'art. 753	77
--	----

47. L'homme de paille	79
48. Les fondateurs au sens strict et les fondateurs au sens large	81
49. Le sens strict	81
50. Le sens large	86
51. L'officier public	86
52. Le préposé au registre du commerce	89
53. Cas spéciaux	93

DEUXIÈME PARTIE

54. CHAPITRE IX. <i>Les irrégularités</i>	95
SOUS-CHAPITRE I. <i>L'art. 753, ch. 1</i>	96
55. L'imprécision de la formule de l'art. 753, ch. 1	96
<i>Première section. Les indications des statuts</i>	97
§ 1. L'apport en nature	97
56. L'omission de toute indication	97
57. Les indications inexactes ou incomplètes	98
58. § 2. La reprise de biens	101
§ 3. La condition des irrégularités	101
59. Les irrégularités destinées à masquer la surévaluation	101
60. La surévaluation suppose une faute	102
61. Omission de toute indication sans surévaluation	103
62. « Surévaluation sans dissimulation »	105
63. Résumé	106
§ 4. L'avantage particulier	107
64. La dissimulation difficile des avantages particuliers	107
65. a) Parts de fondateur et bons de jouissance	107
b) Prestation unique en numéraire	108
66. Résumé	109
<i>Deuxième section. Le rapport des fondateurs</i>	109
67. Le rôle et le contenu du rapport des fondateurs	109
68. Les irrégularités propres au rapport des fondateurs	111
69. <i>Troisième section. Les « autres agissements illégaux »</i>	112
§ 1. Dans la fondation successive	113
70. L'assemblée constitutive et la production des pièces justificatives	113
71. La décision spéciale de l'art. 636	114
72. Nécessité d'une disposition spéciale visant « les agissements illégaux »	115
73. Déclarations verbales complétant le rapport des fondateurs	116
74. Participation sans droit à l'assemblée constitutive	117
75. Versements minimum et droit de vote	118
§ 2. Dans la fondation simultanée	122
76. L'unanimité des fondateurs	122
77. L'information plus complète des fondateurs	123
SOUS-CHAPITRE II. <i>L'art. 753, ch. 2</i>	124
§ 1. Les « attestations » ou autres documents visés par l'art. 753, ch. 2	124

78. La donnée du problème	124
79. La solution du Code de 1881	126
80. La solution du Projet de 1928 et du Code de 1937	127
§ 2. Les assertions inexactes	129
81. La notion d'assertion inexacte	129
82. Les cas d'application de l'art. 753, ch. 2	130

SOUS-CHAPITRE III. *L'art. 753, ch. 3* 134

83. Le but et le système de l'art. 753, ch. 3	135
84. Les réquisits de l'art. 753, ch. 3	136

CHAPITRE X. *La fondation postérieure*

85. L'arrêt Willi c/ Heinemann	140
86. L'arrêt Béthusy et consorts c/ Thalberg et Kahn	142
87. Les « Principes de l'Office fédéral du registre du commerce ».	
La décision Buess S. A.	143
88. L'attitude de la doctrine.	145
89. Les erreurs de la doctrine	151
90. La reprise de biens dans l'arrêt Béthusy	154
91. La fondation postérieure et la libération effective en espèces .	157
92. L'arrêt Bollag	158
93. La liberté de décision de l'administration et le capital social,	
capital d'exploitation	160
94. La fondation postérieure et la responsabilité des adminis-	
trateurs	162
95. La mise en œuvre des principes dégagés par l'arrêt Béthusy .	164
96. L'appréciation des preuves.	165
97. Les limites nécessaires de la notion de reprise de biens. . . .	166
98. Les conventions préparant la fondation postérieure	168
99. Dation en paiement et prestation en vue de paiement	170

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE XI. *Les conditions de l'action*

100. Généralités	173
----------------------------	-----

SOUS-CHAPITRE I. *La faute* 174

101. Les innovations de la revision de 1937	174
102. L'acte conscient	175
103. La nature juridique de la responsabilité des fondateurs. Ses	
rapports avec les art. 41 et suivants	176

SOUS-CHAPITRE II. *Le dommage.* 178

104. Dommage direct et dommage indirect	178
105. Le problème sous l'empire du Code de 1881	179
106. Le système de WIELAND, repris par le Code de 1937	180
107. Exemples de dommage direct et de dommage indirect . . .	182
108. Le dommage direct et le dommage indirect dans la respon-	
sabilité des fondateurs	182
109. L'étendue de la réparation	185

Sous-CHAPITRE III. <i>Le rapport de causalité</i>	186
110. Généralités	186
111. Le rapport de causalité entre l'acte dommageable et le dommage de la société	186
112. Le double effet de l'acte dommageable	190
113. Le cas spécial de la définition inexacte ou incomplète	191
114. L'appréciation judiciaire du rapport de causalité.	193

CHAPITRE XII. *La solidarité*

115. Généralités	196
116. Le caractère particulier de la responsabilité solidaire de l'art. 759	196

CHAPITRE XIII.

Les titulaires de l'action en responsabilité et l'exercice de cette action

117. Le problème	198
Sous-CHAPITRE I. <i>La société</i>	198
118. L'action de la société	198
119. La décharge	199
120. La décharge et la responsabilité des fondateurs	200
Sous-CHAPITRE II. <i>L'actionnaire</i>	202
121. L'action de l'actionnaire	202
122. La qualité pour agir de l'actionnaire qui a vendu ses actions	203
123. La qualité pour agir du souscripteur	205
124. La qualité pour agir de l'acquéreur d'actions	206
125. La décharge et l'actionnaire	206
126. La transaction et l'actionnaire	206
127. La faillite de la société et ses effets sur les droits de l'actionnaire	208
Sous-CHAPITRE III. <i>Le créancier</i>	208
128. L'action du créancier	208
129. La notion de créancier	209
130. Les effets de la décharge et de la transaction sur les droits du créancier	210
131. La faillite, condition de l'action du créancier	210
132. L'action du créancier et de l'actionnaire après l'ouverture de la faillite	212
133. Les actions exercées par la masse	213
134. La décharge et les droits de la masse	214
135. La transaction conclue par la société et les droits de la masse	215
136. La transaction conclue par la masse	215
137. a) en général	216
138. b) dans le droit de la société anonyme	217
Abréviations	220
Liste des arrêts cités	221
Bibliographie	224

